Wer kann eine Erbschaft annehmen oder ausschlagen?

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät der Universität Rostock

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

eingereicht von

Friedrich Peters

aus Neuende, z. Z. Referendar am Landgericht in Lübeck.

Rostock.

Carl Boldt'sche Hof-Buchdruckerei.

1909.

Referent: Professor Dr. **Matthiass.**

Literatur.

Andrée, Die Annahme der Erbschaft nach dem BGB., Diss., Rostock 1903.

Binder, Die Rechtstellung des Erben nach dem deutschen BGB., Bd. I, 1901; Bd. II, 1903.

Boehm, Das Erbrecht des BGB., 2. Auflage, 1900.

Boschan, Die Nachlaßsachen in der gerichtlichen Praxis, I, 1903; II, 1905.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes, 4. Aufl., 1904.

Crusen-Müller, Das preußische Ausführungsgesetz zum BGB., Berlin 1901.

Dernburg, Das bürgerliche Recht, Bd. V, 1905.

Dernburg, Pandekten, Bd. 3, 7. Aufl.

Dernburg, Preußisches Privatrecht, Bd. 3.

Drost, Wesen und Bedeutung der Erbschaftsannahme in der Geschichte und im Recht des BGB., Diss., Breslau 1906.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes, 3.—5. Aufl., Berlin 1899.

Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht, 2. Aufl., 1901.

Entsch. des Bay. OLG. von 1906 im „Recht", Jahrg. 1906, S. 1082.

Entsch. des KG. Berlin von 1907 im „Recht", Jahrg. 1907, S. 1015.

Entsch. des OLG. Colmar von 1905 im „Recht", Jahrg. 1906, S. 959.

Falkmann, Rechtsirrtum über Beginn der Erbausschlagungsfrist. Beginn für Minderjährige. In der deutschen Juristenzeituug, Jahrg. 1907, S. 970.

Frommhold, Kommentar zum BGB., Erbrecht, 1900.

Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 43 und 44.

Gruchot, Preußisches Erbrecht I, 1865.

Hachenburg, Das BGB. für das Deutsche Reich, Vorträge, 1900.
v. Hartitzsch, Das Erbrecht nach römischen und heutigen Rechten, Leipzig 1827.
Herzfelder, Kommentar zum BGB., 3. Aufl.
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Bd. 2, Leipzig, 1886.
Jaeger, Die Konkursordnung, 3. Aufl., 1902.
Josef, Der Erbschein auf Antrag des Mannes. In der deutschen Juristenzeitung, Jahrg. 1906, S. 1021.
Koeppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts, Würzburg 1886.
Kohler, Lehrbuch des Konkursrechts, 1891.
Kuhlenbeck, Kommentar zum BGB., 1904.
Landsberg, Das Recht des BGB., 1904.
Leonhard, Der allgemeine Teil des BGB.
Leonhard, Lehrbuch der Institutionen.
Manigk, Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, Heft 5 der Leonhardschen Studien.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Berlin 1900.
Meidner, Die Annahme einer Erbschaft im BGB., Diss., Breslau 1906.
Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem BGB., 1900.
Meyer, Paul, Das Erbrecht des BGB., 1902.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB., Bd. V, Berlin 1899.
Neumann, Handausgabe des BGB. für das deutsche Reich, 3. Aufl., 1903.
Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts, Jahrgang 1—5.
Oertmann, Im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 14.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl., Berlin 1906.
Ponfick, Zweifelsfragen aus dem Gebiete der Erbschaftsannahme, Diss., Breslau 1907.
Schröder, Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte, 5. Aufl., Leipzig 1907.
v. Schulte, Lehrbuch der deutschen Reichs- und Rechtsgeschichte, 6. Aufl., Stuttgart 1892.
Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht, 1899.
Staudinger, Kommentar zum BGB., 1902.

Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. 5, Berlin 1885.
Strohal, Das deutsche Erbrecht, 3. Aufl., Bd. I, 1903, Bd. II, 1904.
Weißler, Das deutsche Nachlaßverfahren, Berlin 1900.
Wendt, Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, 1901.
Wilke, Kommentar zum BGB., 1. Aufl.
v. Wilmowski, Kommentar zur K. O., 5. Aufl., 1896.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., Frankfurt a. M. 1900/01.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. A. Einleitung 7
B. Wer kann eine Erbschaft annehmen oder ausschlagen in folgenden Fällen:
§ 2. a) Der berufene Erbe ist nicht voll geschäftsfähig . 15
§ 3. b) Dem berufenen Erben ist ein Pfleger bestellt . . 23
§ 4. c) Der Erbe ist durch einen Bevollmächtigten vertreten 25
§ 5. d) Der Erbe fällt vor der Erklärung in Konkurs . . 28
§ 6. e) Es ist eine Ehefrau berufen 31
§ 7. f) Der Erbe ist mehrfach berufen 37
§ 8. α) Aus verschiedenen Gründen 37
§ 9. β) Zu verschiedenen Erbteilen 41
§ 10. g) Mehrere Erben sind nacheinander berufen 46
§ 11. h) Der berufene Erbe stirbt vor der Erklärung . . . 54
§ 12. i) Der eingesetzte Erbe ist ein Pflichtteilsberechtigter 59
§ 13. k) Der Fall des Erbschaftskaufs 63
§ 14. l) Der Fiskus oder eine andere juristische Person ist berufen 63

Einleitung.

§ 1.

Mit dem Tode des Erblassers geht die Erbschaft als Ganzes auf den Erben über (§ 1922 I BGB.). Dieser Gedanke, daß der Nachlaß des Erblassers als eine Einheit auf dessen allgemeinen Rechtsnachfolger mittels Universalsuccession übergeht, steht im Mittelpunkt des jetzigen deutschen Erbrechts. Aus dem Wesen der erbrechtlichen Gesamtnachfolge ist nun aber nicht zu folgern, daß der ursprüngliche Erbe stets die Erbschaft behalten muß, sondern die Erbenstellung kann auch mehreren nacheinander zukommen. Dies war nach römischem Recht wegen des Rechtssatzes „semel heres, semper heres" grundsätzlich ausgeschlossen. Das BGB. läßt es jedoch auch zu, daß die Erbschaft zunächst auf einen Vorerben übergeht und dann nach Ablauf einer bestimmten Zeit oder beim Eintritt eines bestimmten Ereignisses an einen Nacherben fällt.

Wie und wann der Erbe in die Stellung des Erblassers eintritt, ist eine Frage, die eine verschiedene Regelung erfahren hat.

Das römische ius civile unterschied zwischen dem Erwerbe der Erbschaft durch diejenigen, welche notwendig Erben werden mußten (heredes necessarii), und diejenigen, denen es frei stand, Erben zu werden oder nicht (heredes voluntarii). Zu den ersteren gehörten die mit der Freiheit eingesetzten Sklaven (schlechtweg heredes necessarii genannt) und die zurzeit des Todes des Erblassers in dessen väterlicher Gewalt sich befindenden Kinder (sui et necessarii genannt).

Im gemeinen und im heutigen Recht kommen also nur, nach dem Wegfall der Sklaven, die letzteren in Betracht. Die sui et necessarii erwarben die Erbschaft ihres pater familias ipso iure ohne ihren Willen und ohne das Recht, auf den Erwerb zu verzichten. Erst später gewährte der Prätor ihnen das ius abstinendi mit der Wirkung, daß der Erbe, welcher davon Gebrauch machte, nur nudum nomen heredis behielt.[1] Die voluntarii heredes erbten nicht ipso iure, sondern erst durch einen Willensakt, durch den Antritt der Erbschaft. Der Antritt erfolgte durch die ausdrückliche Erklärung, Erbe sein zu wollen (aditio hereditatis), oder durch Handlungen, die auf das Vorhandensein dieses Willens schließen lassen (pro herede gestio). Der Antritt ist also ein Rechtsgeschäft, welches erhebliche Wirkungen nach sich zieht. Da nun diese Wirkungen Rechtswirkungen sind, auch die Rechtsordnung sie nur eintreten läßt, wenn sie gewollt sind[2], so stellt sich

[1] Vergl. Inst. II, 19 § 2. Ulp. XXII, 24. D. 38, 17, 1. 2. § 8. Das Nähere bei Windscheid III, § 595, Anm. 6—8.

[2] Vergl. D. 29, 2 fr. 20 pr. und fr. 21 § 1.

die aditio i. w. S., d. h. incl. der pro herede gestio als Rechtsgeschäft i. e. S. dar[1]. Denn sie erfordert nicht nur eine Willensäußerung, sondern eine Willenserklärung des Erben[2].

Daß die Ausschlagung gleichfalls ein Rechtsgeschäft ist, bedarf keiner weiteren Erörterung. Unter derselben ist hier stets eine ausdrücklich oder stillschweigend geschehene freiwillige Aufgebung der Erbschaft zu verstehen, d. h. der Berufene verliert die Möglichkeit, die Erbschaft anzutreten. Die ausdrückliche Lossagung von der Erbschaft heißt bei einem suus heres abstentio, bei den übrigen Erben repudiatio. Will sich ein suus heres von der Erbschaft abstinieren, so hat er nicht nötig, dieses mit Worten oder gar gerichtlich zu erklären; denn sollte er von einem Interessenten der Erbschaft belangt werden, so liegt der Beweis, daß sich der suus heres der Erbschaft immisziert hat, dem Kläger ob[3].

Im altdeutschen Recht vollzog sich der Übergang der Erbschaft vom Erblasser auf den Erben stets ohne weiteres ipso iure nach dem Grundsatz: „Der Tote erbt den Lebendigen“ oder „Le mort saisit le vif“.[4] Man kann diesen Erwerb daher als den deutschrechtlichen bezeichnen.[5]

---

[1] Vergl. Leonhard, Inst. S. 314; Manigk S. 19 ff.

[2] Vergl. Leonhard. Allg. Teil S. 253 ff.; Drost S. 2, 3.

[3] Vergl. v. Hartitzsch S. 217.

[4] Vergl. die bei v. Schulte § 177 Anm. 1—2 zitierten Quellenstellen; Heusler S. 560 ff., Schröder S. 332, Stobbe § 281, I.

[5] Vergl. Meidner S. 55.

Diesem System hat sich auch das BGB. angeschlossen, in dem es in § 1942, I sagt: „Die Erbschaft geht auf den berufenen Erben unbeschadet des Rechts über, sie auszuschlagen.“ Da das BGB. auf dem Standpunkt steht, daß der Erbe die Erbschaft bereits mit dem Tode des Erblassers erwirbt, so begeht es eigentlich einen Fehler, wenn es überhaupt noch von Annahme der Erbschaft spricht, denn annehmen kann man nur etwas, was man noch nicht hat. Es hätte also in diesem Falle lieber von einer Bestätigung des Anfalls reden sollen. Daraus, daß dem Erben die Möglichkeit gegeben ist, auszuschlagen, ergibt sich, daß es noch zweifelhaft ist, ob der Erbschaftserwerb auch ein endgültiger ist. Ein sicherer Zustand wird erst durch die Annahme geschaffen. Annahme ist die Erklärung des Erben, die Erbschaft behalten zu wollen. Sie kann ausdrücklich oder stillschweigend analog der römischen pro herede gestio erfolgen. Die stillschweigende Annahme kann sich in ganz verschiedenen Arten vollziehen. Z. B. die Ergreifung des Besitzes am Nachlaß, die Beerdigung des Erblassers und die Auflösung seines Hausstandes durch den Erben werden regelmäßig als pro herede gestio anzusehen sein, es sei denn, daß der Erbe zugleich zum Testamentsvollstrecker ernannt ist. Erklärt ein Miterbe, daß er die Erbschaft einem anderen Miterben gegen eine Abfindungssumme überläßt, so kann man namentlich dann die Erklärung des Erbschaftsantritts darin finden, wenn die Abfindungssumme ungefähr dem Erbteil gleichwertig ist. Dagegen wird man in einem einfachen

Verzicht eines Miterben auf die Erbschaft zugunsten eines anderen Miterben nicht ohne weiteres eine Antretung der Erbschaft erblicken können[1].

Streitig ist die Frage, ob in dem Antrag des Erben auf Anordnung der Nachlaßverwaltung eine Erklärung der Annahme der Erbschaft zu erblicken ist. Entgegen der Ansicht von Binder[2] möchte ich mich auf den Standpunkt stellen, daß hierin eine stillschweigende Erbschaftsannahme zu finden ist. Denn der Erbe bedarf vor der Annahme gar keiner Nachlaßverwaltung, da er genügend durch die Vorschriften der §§ 1958, 1995, II BGB. geschützt ist. Stellt er gleichwohl den Antrag, so liegt m. E. darin eine Erklärung, die Erbschaft annehmen zu wollen[3].

Die Ausschlagung ist die Erklärung des Erben, die Erbschaft nicht behalten zu wollen. Die Erklärung ist in öffentlich beglaubigter Form gegenüber dem Nachlaßgericht abzugeben (§ 1945, I). Sie kann nur binnen 6 Wochen erfolgen, und zwar beginnt die Frist mit dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Berufungsgrunde Kenntnis erlangt. Ist der Erbe durch Verfügung von Todes wegen berufen, so beginnt die Frist nicht vor der Verkündung der Verfügung. Die Frist beträgt 6 Monate, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande

[1] Vergl. Neumann, Jahrbuch V zu § 1943; Recht 06, S. 1082.

[2] Vergl. Neumann, Jahrbuch V zu § 1953; Binder II, S. 21 Anm. 8.

[3] Derselben Ansicht sind Böhm, S. 351, Staudinger zu § 1981, Anm. II A 1, Planck zu § 1981 Anm. 4a, Strohal II, § 79, Anm. 1.

gehabt hat, oder wenn sich der Erbe bei dem Beginne der Frist im Auslande aufhält (§ 1944).

Natürlich kann auch die Annahme dem Nachlaßgericht gegenüber erklärt werden, aber es ist nicht erforderlich. Als Beweis für die Möglichkeit dienen die §§ 1948, 1951, welche bestimmen, daß der Erbe in derselben beim Nachlaßgerichte abgegebenen Erklärung aus dem einen Berufungsgrunde ausschlagen, aus dem anderen annehmen kann. Folglich wird der Erbe doch auch bei Vorliegen nur eines Berufungsgrundes in der Lage sein, beim Nachlaßgericht lediglich die Annahme zu erklären.[1] Binder[2] ist dagegen der Ansicht, daß die Annahme nur gegenüber einem Beteiligten erklärt werden könne und nicht gegenüber dem Nachlaßgericht. Denn letzteres stehe über den Beteiligten und könne auch nicht als Vertreter derselben aufgefaßt werden. Diese Ansicht ist aber m. E. aus den oben genannten Gründen zu verwerfen.[3]

Der Annahme steht es gleich, wenn der Erbe die Ausschlagungsfrist verstreichen läßt, ohne die Ausschlagung erklärt zu haben. Es ergibt sich daraus, daß die eigentliche Annahme nur von Bedeutung ist, wenn sie vor Ablauf der Ausschlagungsfrist und ohne daß die Ausschlagung erfolgt ist, erklärt ist (§ 1943 BGB.). Während also die eigentliche Annahme und die Ausschlagung zweifellos Rechtsgeschäfte sind, ist dies

[1] Vergl. Strohal II S. 24.
[2] Binder I S. 103.
[3] Vergl. Neumann Jahrbuch III, zu § 1943.

bei der Versäumung der Ausschlagungsfrist bestritten. Da diese Streitfrage nicht unmittelbar in den Rahmen unseres Themas gehört, so will ich sie nur kurz andeuten.

Endemann[1] nimmt an, daß die Fristversäumnis manchmal Rechtsgeschäft sei und manchmal nicht. Er sagt: „Wer angenommen hat, kann nicht mehr ausschlagen. In dieser Wirkung steht die Annahme der Verstreichung der Ausschlagungsfrist gleich, und zwar in dem Sinne, daß das bewußte und absichtliche, mithin rechtsgeschäftliche Unterlassen der Ausschlagung als positive Annahme gewertet wird." Er unterscheidet also rechtsgeschäftliche und nichtrechtsgeschäftliche Fristversäumnis. M. E. ist es jedoch nicht angängig, dasselbe rechtliche Institut bald ein Rechtsgeschäft sein zu lassen und bald nicht, insbesondere mit Rücksicht auf die wichtigen Folgen, die nur eintreten würden, wenn ein Rechtsgeschäft als vorliegend erachtet würde.

Wendt[2] stützt sich vor allem auf § 1956 BGB., nach welchem die Versäumnis der Ausschlagungsfrist in gleicher Weise wie die Annahme angefochten werden kann. Er erklärt den § 1956 für eine Folge davon, daß die Versäumung der Frist, d. h. die Unterlassung rechtzeitiger Erklärung in ihrer rechtlichen Wirkung einer wirklich abgegebenen Erklärung gleichgestellt ist und als solche zu gelten hat. Zu demselben Resultat kommt Binder[3], wenn auch auf anderem Wege. Er

[1] S. 343.
[2] S. 227 ff., 254 ff.
[3] I. S. 77 ff.

beruft sich vor allem auf § 1944, II. Er folgert die rechtsgeschäftliche Natur der Fristversäumnis aus dem Umstande, daß für einen geschäftsunfähigen Erben, der einen gesetzlichen Vertreter hat, nur dieser die Annahme und Ausschlagung erklären kann und die Frist daher erst zu laufen beginnt, wenn der gesetzliche Vertreter von dem Anfall der Erbschaft und dem Berufungsgrunde Kenntnis erlangt hat, daß aber der Wegfall des Vertreters den Lauf der Frist nicht unterbricht oder hemmt. Es ist also nach ihrer Ansicht unmöglich, Rechtssätze über Willenserklärungen auf Fristversäumnisse anzuwenden, wenn diese nicht selbst Rechtsgeschäfte sind. Dieser Grund scheint mir aber nicht stichhaltig zu sein.[1] M. E. kann nur dann ein Rechtsgeschäft vorliegen, wenn eine Erklärung des Willens erfolgt mit beabsichtigten rechtlichen Folgen. Es ist also erforderlich, daß der Berufene Kenntnis von dem Anfall hat, und daß dies nicht immer der Fall ist, ergibt sich bereits aus §§ 1952 und 1944, 206 BGB.[2] Hatte der Erbe aber keine Kenntnis von dem Anfall, so konnte er auch nicht den Willen haben, die Erbschaft anzunehmen, geschweige denn diesen Willen zu erklären.

Noch viel weniger ist die Fristversäumnis ein Rechtsgeschäft, wenn dem Berechtigten zwar bekannt ist, daß ihm die Erbschaft angefallen ist, wenn er aber nicht weiß, daß er dazu Stellung nehmen kann, oder

[1] So auch Andrée S. 37.
[2] Vergl. Seite 17 ff. und 55 ff. unten.

daß er durch sein Schweigen bestimmte Rechtswirkungen hervorruft.

So kommen wir denn zu dem Resultat, daß das Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist kein Rechtsgeschäft, sondern nur eine juristisch bedeutsame Tatsache ist.[1]

B. Wer kann eine Erbschaft annehmen oder ausschlagen in folgenden Fällen:

§ 2.

a) Der berufene Erbe ist nicht voll geschäftsfähig.

Wie aus § 1942, I BGB. hervorgeht, kann die Erbschaft nur von einer Person angenommen oder ausgeschlagen werden, die zur Erbschaft berufen ist. Dies gilt aber nicht nur für das BGB., sondern auch für das römisch-gemeine Recht. Die Berufung allein genügt jedoch noch nicht, es müssen auch in der Person des Berufenen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein. Zunächst ist grundsätzlich zur Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft unbeschränkte Geschäftsfähigkeit erforderlich. Dies gilt sowohl nach römisch-gemeinem Recht wie nach BGB. Im römisch-gemeinen Recht handelte für Kinder unter 7 Jahren der Inhaber der väterlichen Gewalt. Minderjährige,

[1] Derselben Ansicht sind Matthiaß S. 533; Neumann, Handausgabe des BGB. S. 1096; Wilke S. 20; Strohal II S. 2, Anm. 4; Kuhlenbeck zu § 1956, Anm. 1; Ponfick S. 28 ff.; Drost S. 42.

die unter Altersvormundschaft standen, bedurften der Zustimmung ihres Vormundes, im späteren Recht konnte auch der Vormund statt des Mündels handeln. Eine besondere Vorschrift bestand dahin, daß Verschwender der Zustimmung ihres Vormundes zur Annahme nicht bedurften, wohl aber zur Ausschlagung[1], und daß der Kurator eines Rasenden oder Blödsinnigen die diesem deferierte Erbschaft nicht endgültig annehmen, sondern daran nur vorläufigen Verwaltungsbesitz ergreifen konnte[2]. Die Wirkung dieses Besitzstandes bestand darin, daß dem Rasenden oder Blödsinnigen inzwischen die Kosten des Unterhalts aus der Erbschaft gereicht wurden. Erhielt der Rasende seinen Verstand wieder, so konnte er sich alsdann, wie auch der Blödsinnige, in lichten Zwischenräumen erklären, ob er die Erbschaft antreten wolle oder nicht.[3]

Es ist schon hervorgehoben, daß das BGB grundsätzlich zur Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft auch unbeschränkte Geschäftsfähigkeit verlangt. Daß dies bei der positiven Erbschaftsannahme (unter welcher wir die Annahmeerklärung und die gestio pro herede verstehen) und bei der Ausschlagung der Fall ist, versteht sich von selbst, denn beides sind einseitige Rechtsgeschäfte und können als solche nur von einem voll Geschäftsfähigen vorgenommen werden. Das Erfordernis der Geschäftsfähigkeit besteht aber auch bei der Annahme durch Versäumung der

[1] Vergl. Windscheid S. 434; L. 5, § 1, D. 29, 2.
[2] Vergl. Windscheid S. 434 ff.; Koeppen S. 124 ff.
[3] v. Hartitzsch S. 183.

Ausschlagungsfrist. Diese Fristversäumnis ist zwar, wie oben klargelegt, kein Rechtsgeschäft, aber aus der Rechtsvorschrift der §§ 1944, II und 206 BGB geht deutlich hervor, daß die Frist nur endigen kann, wenn der Erbe geschäftsfähig oder gehörig vertreten ist. Denn diese beiden Paragraphen bestimmen, daß die Ausschlagungsfrist für einen geschäftsfähigen oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkten Erben, der ohne gesetzlichen Vertreter ist, nicht vor dem Ablauf von 6 Wochen (bezw. in den Fällen, in denen die Ausschlagungsfrist 6 Monate beträgt, nicht vor dem Ablauf von 6 Monaten) nach dem Zeitpunkt beendigt wird, in welchem der Erbe geschäftsfähig wird, oder der Mangel der Vertretung aufhört (§§ 1944, II, 206). Dabei ist aber Erfordernis, daß die Frist, um beendet werden zu können, schon begonnen hat. Hatte die Ausschlagungsfrist schon begonnen, bevor sich der Mangel eines gesetzlichen Vertreters einstellte, so brauchen die Voraussetzungen des § 1944 II, 1 nach eingetretener unbeschränkter Geschäftsfähigkeit resp. nach dem Aufhören des Mangels der Vertretung nicht von neuem erfüllt zu werden. Die begonnene Ausschlagungsfrist kann also ablaufen, obwohl der später geschäftsfähig gewordene Erbe oder der neue gesetzliche Vertreter die in § 1944, II bezeichnete Kenntnis nicht erlangt hat.[1] Binder[2] hat die Bedeutung der Verweisung in § 1944 auf § 206 so aufgefaßt, als ob der Gesetzgeber gesagt hätte: „Die Überlegungsfrist

[1] So die herrschende Meinung, vergl. Strohal II, S. 10.
[2] I, S. 79 ff.

wird durch den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Erben oder den Wegfall des gesetzlichen Vertreters unterbrochen." Natürliche Folge dieser Auffassung ist, daß die Ausschlagungsfrist nach Wegfall des angeblichen Unterbrechungsgrundes von neuem zu laufen beginnt und zwar nur, wenn die Voraussetzungen des Fristbeginns, d. h. die Kenntnis von Anfall und Berufungsgrund, wieder vorliegen. Binders Auffassung steht aber mit dem Gesetz in direktem Widerspruch. Denn dieses unterscheidet genau zwischen den Fällen, wenn die Frist vor einer bestimmten Zeit nicht vollendet werden kann, und der Unterbrechung einer Frist. Zudem ist die Auffassung von Binder nicht ohne Fehler, was durch ein Beispiel von Strohal[1] sehr treffend nachgewiesen wird: Der gesetzliche Vertreter eines beschränkt geschäftsfähigen Erben hält sich bei Beginn der Ausschlagungsfrist im Auslande auf, so daß die Ausschlagungsfrist 6 Monate beträgt. Vor Ablauf der Frist stirbt der gesetzliche Vertreter, und an seiner Stelle wird ein neuer gesetzlicher Vertreter im Inlande bestellt. Die entsprechende Anwendung des § 206 ergibt hier offenbar, daß die Ausschlagungsfrist nicht vor dem Ablauf von 6 Monaten, seitdem der Mangel der Vertretung aufgehört hat, vollendet wird. Nach Binders Auffassung würde aber jetzt die Ausschlagungsfrist nur 6 Wochen betragen.

Ich möchte noch einen weiteren Grund gegen die Auffassung Binders anführen: Eine Anwendung des § 206 ist nicht am Platze, wenn dem Erben keinen

[1] II, S. 10.

Augenblick die Vertretung gefehlt hat. Und doch ist es selbst in solchem Falle möglich, daß ein Wechsel der Vertretung eintritt, nämlich wenn der unter gesetzlicher Vertretung stehende Erbe unbeschränkt geschäftsfähig wird, oder wenn der unter elterlicher Gewalt des Vaters stehende Erbe mit dessen Tode unter die elterliche Gewalt der Mutter kommt. Hier läuft die Ausschlagungsfrist trotz der Veränderung einfach fort. Nach der Lehre von Binder müßte jedoch auch in diesen Fällen eine neue Ausschlagungsfrist mit den nach § 1944, II erforderlichen Voraussetzungen beginnen.

Eine Erbschaft kann also nicht annehmen oder ausschlagen:

a) wer sich im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit befindet;
b) wer nicht das 7. Lebensjahr vollendet hat;
c) wer geisteskrank ist, gleichviel ob entmündigt oder nicht;
d) wer geistesschwach ist, wenn er sich in dem in § 104_2 BGB. bezeichneten Zustande befindet (§§ 104, 105 BGB).

Eine solche Annahme oder Ausschlagung ist stets nichtig nach § 105 BGB., und sie muß, falls sie gültig sein soll, durch den gesetzlichen Vertreter erfolgen.

Ein beschränkt Geschäftsfähiger kann auch nicht selbständig eine Erbschaft annehmen oder ausschlagen.

Beschränkt geschäftsfähig ist:

a) der Minderjährige, der das 7. Lebensjahr vollendet hat (§ 106),

b) wer wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt, und wer gemäß § 1906 unter vorläufige Vormundschaft gestellt ist (§§ 114, 106 BGB.).

Ein solcher bedarf der Einwilligung, d. h. der vorherigen Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, anderenfalls ist seine Erklärung nach § 111 BGB. nichtig. Der letztere ist auch befugt, an Stelle des Vertretenen die Annahme oder Ausschlagung zu erklären, das ergibt sich aus den §§ 1630, 1793, 1915 BGB. Hieraus folgt zugleich, daß nur der Anfall an den Vertretenen erfolgt sein muß, die übrigen Voraussetzungen aber nur in der Person des Vertreters vorliegen müssen. Insbesondere läuft also die Ausschlagungsfrist von dem Augenblick an, da der Vertreter von dem Anfall und dem Berufungsgrunde erfährt[1].

Handelt für einen nicht voll Geschäftsfähigen ein gesetzlicher Vertreter, so bedarf dieser zur Annahme einer Erbschaft zwar nicht der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, wohl aber zur Ausschlagung (§§ 1643, II, 1822, II). Von dieser Vorschrift stellt jedoch § 1643, II_2 eine Ausnahme auf, indem er bestimmt, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht notwendig ist, wenn das Kind unter elterlicher Gewalt steht, und die Erbschaft dem Kinde erst infolge der Ausschlagung seitens des Vaters oder der Mutter angefallen ist. Man ist überzeugt, daß in solchen Fällen die Unvorteilhaftigkeit der Erbschaft für das

[1] Vergl. Binder, I. S. 120; Endemann, III, S. 344, Nr. 5.

Kind so zweifellos ist, daß man von dem Erfordernis der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts absehen könne. Ganz anders liegt jedoch der Fall, wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt neben dem Kinde berufen ist. Denn in solchem Falle könnte der Gewalthaber durch Ausschlagung für sein Kind dessen Erbteil für sich erwerben. Daher fällt dieser Fall unter die Regel, daß die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erforderlich ist. Ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zur Ausschlagung erforderlich, so ist letztere nur wirksam, wenn zuvor die Genehmigung dem Vormund oder elterlichen Gewalthaber gegenüber erklärt ist. Dies ergibt sich aus § 1831 BGB. Eine erst nach Abgabe der Ausschlagungserklärung, wenn auch innerhalb der Ausschlagungsfrist erteilte Genehmigung macht die Erklärung nicht wirksam, sondern diese muß dann wiederholt werden. Es kann fraglich erscheinen, ob die Genehmigung nur erteilt zu werden braucht, oder ob die Genehmigungsverfügung mit der Ausschlagungserklärung bei dem Nachlaßgericht eingereicht werden muß. M. E. ist die Ausschlagung, die doch dem Nachlaßgericht gegenüber erklärt werden muß, als ein einem anderen gegenüber vorzunehmendes einseitiges Geschäft aufzufassen, das durch sofortige Zurückweisung unwirksam wird, wenn nicht zugleich mit der Erklärung die schriftliche Genehmigung vorgelegt ist. Das Gericht hat gemäß § 1953, III die Pflicht, die Ausschlagung demjenigen mitzuteilen, welchem die Erbschaft infolge der Ausschlagung angefallen ist. Infolgedessen muß es doch auch befugt sein, sich über

die Wirksamkeit der Ausschlagungserklärung sofort Gewißheit zu verschaffen[1].

Zum entgegengesetzten Resultat kommt allerdings Enneccerus[2]. Er ist der Ansicht, daß die Ausschlagung der Erbschaft deswegen, weil sie dem Nachlaßgericht gegenüber zu erklären ist, nicht als eine einem anderen gegenüber abgegebene Willenserklärung angesehen werden kann[3]. Diese Ansicht scheint mir aber keinerlei Berechtigung zu haben.

Es fragt sich nun noch, welche Folgen eintreten, wenn die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung von dem Vormund oder elterlichen Gewalthaber zwar rechtzeitig beantragt, aber nicht rechtzeitig erteilt ist. Es wäre doch ungerecht, wenn dann durch Ablauf der Ausschlagungsfrist die Abgabe einer wirksamen Ausschlagungserklärung ausgeschlossen ist. Die Literatur steht auf dem Standpunkt, daß in diesen Fällen der Umstand, daß das Gericht die rechtzeitig beantragte Genehmigung erst nach Ablauf der Ausschlagungsfrist erteilt, als „höhere Gewalt" angesehen werden kann, so daß die Ausschlagungsfrist nach §§ 1944, II, 203, II verlängert wird[4]. Zwar wird auch die Ansicht vertreten, daß hier nicht § 203, sondern § 206 in Betracht komme[5]; die erstere Meinung scheint mir aber eher das Richtige zu treffen.

[1] So auch in Gruchots Beiträgen Bd. 44, S. 768.
[2] Bd. I, S. 129.
[3] So auch Neumann, Jahrbuch III, 1 zu § 1945.
[4] Vergl. Gruchots Beiträge Bd. 44, S. 769.
[5] Vergl. Neumann, Jahrbuch III, 1 zu § 1944.

Sind mehrere gesetzliche Vertreter vorhanden, so hat derjenige die Einwilligung zu erteilen resp. an Stelle des Mündels zu handeln, welchem die Sorge für das Vermögen zusteht[1]. Ist der Mutter ein Beistand bestellt, und gehört die Annahme oder Ausschlagung zu dem ihm überwiesenen Geschäftskreis, so fällt diesem die Aufgabe zu (§ 1693).

§ 3.

b) Dem berufenen Erben ist ein Pfleger bestellt.

Dem Erben kann aber auch ein Pfleger bestellt sein. Auf die Frage, ob im Falle des § 1909, I_2 der Pfleger bereits für die Annahmeerklärung oder erst für die derselben nachfolgende Verwaltung zu bestellen ist, möchte ich mich dafür entscheiden, daß der Pfleger bereits für die Annahme bestellt werden muß, da diese doch als ein die Verwaltung begründender Akt genau so zu behandeln ist wie die Verwaltung selbst. Ist denn nun eine vor Bestellung des Pflegers durch einen beschränkt Geschäftsfähigen mit Einwilligung des Gewalthabers oder Vormundes erfolgte Annahme oder Ausschlagung wirksam? Bei dieser Frage müssen wir unterscheiden, ob der Minderjährige unter Vormundschaft oder unter elterlicher Gewalt steht. Denn der Vormund hat das Recht und die Pflicht, für das Vermögen des Mündels zu sorgen, so lange kein Pfleger bestellt ist (§ 1794 BGB.). Liegt also der Fall des § 1909 I_2 vor, so ist die mit Einwilligung des

[1] Vergl. Planck, Vorb. zu V, Abschnitt 2, Tit. 1, Nr. II, 4b.

Vormundes vor Bestellung des Pflegers erfolgte Annahme oder Ausschlagung wirksam. Dagegen hat der Inhaber der elterlichen Gewalt die Vermögensverwaltung auch nicht vor Bestellung des Pflegers. Daher ist m. E. eine mit Einwilligung des Inhabers der elterlichen Gewalt vor Bestellung des Pflegers erfolgte Annahme oder Ausschlagung unwirksam [1].

Ist für einen unbeschränkt Geschäftsfähigen ein Pfleger bestellt [2], so kann die Annahme oder Ausschlagung sowohl durch den Erben selbst wie durch den Pfleger erfolgen. Aber es ist dabei zu betonen, daß die Ausschlagung durch den Pfleger der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. In diesem Falle kann der Erbe nicht mehr ausschlagen, wenn auch nur die mit der Kenntnis des Pflegers beginnende Ausschlagungsfrist abgelaufen ist. Dem Erben kommt aber die von der Kenntnis des Pflegers laufende Frist zustatten [3], wenn die Voraussetzungen für den Beginn dieser Frist eingetreten sind, bevor die Erbschaft wegen Fristversäumnis als angenommen gilt. Strohal [4] braucht hierzu das Beispiel, daß ein unter Gebrechlichkeitspflegschaft stehender Erbe die für den Beginn der Ausschlagungsfrist erforderliche Kenntnis etwas früher erlangt hat als sein Pfleger, die zutreffende Entscheidung aber ganz diesem überlasse. Er bemerkt sehr richtig, daß es hier dem Zwecke der Pflegschaft wenig entsprechen würde, wenn der Pfleger die zur Verfügung

[1] Vergl. auch Meidner S. 40.
[2] Vergl. besonders §§ 1910, 1911 BGB.
[3] Vergl. § 1915 BGB.
[4] § 61, II 3, Anm. 15.

stehende Ausschlagungsfrist lediglich nach dem Zeitpunkt der vom Erben erlangten Kenntnis und also nicht nach dem seiner Kenntnis zu bemessen hätte.

Der Pfleger einer Leibesfrucht[1] kann nicht in die Lage kommen, sich über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft zu entscheiden, da der Anfall an den nasciturus erst mit dessen Geburt, wenn auch mit rückwirkender Kraft, eintritt, mit der Geburt aber nach § 1918, II BGB. die Pflegschaft endigt[2].

§ 4.

c) Der Erbe ist durch einen Bevollmächtigten vertreten.

Auch ein voll geschäftsfähiger Erbe braucht sich nicht selbst zu erklären, sondern er kann einen anderen zur Annahme oder Ausschlagung bevollmächtigen. Im gemeinen Recht konnte der Bevollmächtigte nur auf Grund einer Spezialvollmacht annehmen oder ausschlagen, mochte es sich um einen heres necessarius oder um einen heres voluntarius handeln[3]. Die Vollmacht mußte auf eine ganz bestimmte, bereits deferierte Erbschaft lauten.

Nach BGB. kann der Erbe dem Vertreter auch eine Generalvollmacht erteilen. Das Wesentliche ist, daß daraus ersichtlich ist, daß die Annahme oder Ausschlagung in den Umfang der Vertretung fallen soll.

[1] Vergl. § 1912 BGB.

[2] Vergl. Planck, Vorb. zu V, Abschnitt 2, Titel 1, Nr. II 4b Mugdan S. 267.

[3] Vergl. Koeppen, S. 197.

Da die Annahme selbst formlos ist, so bedarf auch die Erteilung der Vollmacht keiner besonderen Form. Anders liegt die Sache bei der Ausschlagung. Die Ausschlagung selbst erfolgt durch Erklärung in öffentlich beglaubigter Form gegenüber dem Nachlaßgericht. Ebenso bedarf auch die Vollmacht einer öffentlich beglaubigten Form, und die Vollmacht muß der Erklärung beigefügt oder innerhalb der Ausschlagungsfrist nachgebracht werden (§ 1945 BGB). Wird die Formvorschrift des § 1945 II nicht erfüllt, so gilt die Ausschlagungsfrist als versäumt und die Erbschaft als angenommen. Die Vollmacht muß schon vor Abgabe der Erklärung erteilt sein (§ 180 BGB.). Wird die Erklärung nachträglich genehmigt, wenn auch innerhalb der Frist, so ist sie als solche wirkungslos; wenn sie aber formgerecht an das Nachlaßgericht erklärt ist, wird sie die Bedeutung einer neuen Annahme oder Ausschlagung haben[1].

Es herrscht in der Literatur großer Streit darüber, in wessen Person bei Vorhandensein eines Bevollmächtigten die Kenntnis vom Anfall und Berufungsgrunde eintreten muß, um die in § 1944 festgesetzte Frist in Lauf zu setzen. Im gemeinen und im preußischen Recht war diese Frage ohne jede Bedeutung; denn da die Vollmacht für eine bestimmte, bereits bestehende und dem Vollmachtgeber bekannte Erbschaft erteilt werden mußte[2], so hatten die erforderliche Kenntnis

[1] Vergl. Windscheid S. 459; Mugdan S. 268; Andrée S. 46, 47.
[2] Vergl. für preußisches Recht Gruchot, preußisches Erbrecht I, S. 39.

stets sowohl der Vollmachtgeber wie der Vollmachtnehmer.

Im BGB. ist aber, wie oben erwähnt, keine Spezialvollmacht nötig, sondern diese kann allgemein erteilt werden. Es kann daher die Kenntnis des Vollmachtgebers oder die des Bevollmächtigten oder die irgend eines der beiden verlangt werden, und jede dieser drei Möglichkeiten ist in der Literatur vertreten. Frommhold[1] erachtet die Kenntnis des Vertreters für wesentlich und führt zur Begründung seiner Ansicht den § 166 BGB. an. Dies ist jedoch nicht richtig, denn bei der Kenntnis des § 1944 handelt es sich nicht um die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung, sondern um den Beginn einer Frist[2].

Binder[3], Dernburg[4], Wilke[1] und Neumann[1] lassen die Kenntnis des vertretenen Erben entscheiden. Binder behauptet dazu, „daß doch die Kenntnis des vertretenen Erben nicht bedeutungslos sein könne, denn er könne selbst die Annahme erklären, brauche es nur nicht zu tun. Andererseits müsse die Kenntnis des Bevollmächtigten gegenstandslos sein, weil sich die Vollmacht in der Wirkung erschöpfe, daß die Handlung des Bevollmächtigten als Handlung des Vollmachtgebers wirke, und daher die Tatsache der Aufstellung eines Vertreters nicht bewirken könne, daß die Voraussetzungen des § 1944, II eine Modifikation erlitten."

[1] Zu § 1944.
[2] Vergl. Planck V, S. 41; Binder I, S. 122.
[3] I, S. 121.
[4] S. 412, 413.

Dernburg bringt zu seiner Ansicht, daß es sichtlich dem Zwecke der Bestimmung des § 1944, II nur entsprechen würde, die Kenntnis des Erben entscheiden zu lassen, noch das Beispiel, daß ja sonst der in Paris weilende Erbe das Recht, eine ihm in Berlin eröffnete Erbschaft binnen 6 Monaten auszuschlagen, dadurch verlieren würde, daß er einen in Berlin sich aufhaltenden Bevollmächtigten ernenne.

Ich möchte mich der von Matthiaß[1], Planck[2] und Staudinger[2] vertretenen Ansicht anschließen, welche die Kenntnis des Erben wie des Bevollmächtigten für gleich wesentlich erklären. Danach beginnt die Frist zu laufen, sobald der Erbe oder der Bevollmächtigte Kenntnis vom Anfall der Erbschaft und vom Berufungsgrunde erhalten. Wenn wir diese Ansicht vertreten, so scheint in der Tat das von Dernburg angeführte Beispiel ein unbilliges Resultat zu ergeben. Das läßt sich jedoch nicht ändern und ergibt sich mit logischer Notwendigkeit bei allen Fristen, welche vom Tage der Kenntnis an laufen.

§ 5.

d) Der Erbe fällt vor der Erklärung in Konkurs.

Wir kommen nun zu der Frage, wer zur Annahme oder Ausschlagung berechtigt ist, wenn der Erbe in Konkurs fällt. Gemäß § 1 K. O. fällt eine Erbschaft nur dann in die Konkursmasse, wenn sie

[1] S. 533.
[2] Zu § 1944.

zur Zeit der Konkurs-Eröffnung zu dem Vermögen des Gemeinschuldners gehört. Im römischen Recht erwarben die sui et necessarii heredes die Erbschaft bereits mit dem Anfall. Daher gehören alle dem Gemeinschuldner vor der Konkurs-Eröffnung angefallenen Erbschaften zur Konkursmasse und können derselben auch durch Ausschlagung des Gemeinschuldners nicht entzogen werden. Natürlich ist der Konkursverwalter berechtigt, für die Masse auf die Erbschaft zu verzichten. In diesem Falle steht die Verfügungsbefugnis über die Erbschaft dem Gemeinschuldner wieder zu, ohne daß nunmehr eine neue Erklärungsfrist für ihn läuft[1]. Anders steht es bei den heredes voluntarii, denn bei diesen fällt Berufung und Erwerb auseinander. Ist ein solcher berufen, so fällt die Erbschaft nur dann in die Konkursmasse, wenn der Erbe bereits zur Zeit der Konkurs-Eröffnung die Erbschaft angenommen, also rechtswirksam erworben hat. Ist der Erwerb noch nicht vollzogen, so wird die Erbschaft nicht Bestandteil der Konkursmasse, und wenn der Gemeinschuldner dann von seinem Annahmerecht Gebrauch macht, so fällt sie in das persönliche Vermögen des Gemeinschuldners und nicht in die Konkursmasse[2].

Nach dem BGB. wird eine Erbschaft ipso iure mit dem Erbfall erworben (§§ 1922, 1942). Demnach müßte also die Annahme und Ausschlagung einer vor der Konkurs-Eröffnung dem Gemeinschuldner

[1] Vergl. Jaeger S. 86; Kohler S. 281.
[2] Vergl. v. Wilmowski S. 40.

angefallenen Erbschaft dem Konkursverwalter zustehen. Denn da die Erbschaft mit dem Anfall schon erworben wird, bildet sie einen Bestandteil der Masse; es müßte daher der Gemeinschuldner nicht befugt sein, die Erbschaft seinem Vermögen zu entziehen. Diese Folgerung zieht jedoch das neue Recht nicht und zwar aus dem Grunde, weil es dem kraft Gesetzes eingetretenen Erwerbe eine lediglich formale Bedeutung beilegt[1]. Im BGB. gilt der Erwerb rechtlich nur als vorläufiger. Schlägt ihn der Berufene aus, so wird der Anfall als nicht erfolgt angesehen (§§ 1943, 1953). Endgültig wird der Erwerb erst durch die Annahme (§ 1943 BGB.). Aus diesem Gedanken zieht die K. O. in § 9 die Folgerung, daß der vorläufige Erwerb noch keine wirkliche Vermögensmehrung sei. Es steht also die Entscheidung über Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft, die dem Gemeinschuldner schon vor der Konkurs-Eröffnung angefallen ist, ausschließlich dem Gemeinschuldner zu. Er braucht dabei in keiner Weise den Konkursverwalter und die Gläubiger zu berücksichtigen. Nimmt der Gemeinschuldner die Erbschaft an, so gilt diese als unmittelbar mit dem Anfall erworben und fällt also in die Masse. Der Gemeinschuldner ist also imstande, auf diese Weise die Konkursmasse zu erweitern, verliert aber im Moment der Annahme das Verfügungsrecht über den Erwerb. Natürlich muß durch die Annahme die Konkursmasse nicht nur die Aktiva, sondern auch die Passiva übernehmen, so daß bei Überschuldung

[1] So Jaeger S. 87.

der Erbschaft die Nachlaßgläubiger in eine unangenehme Lage kommen können. Da ist es nun das Recht und die Pflicht des Nachlaßverwalters (§§ 6, 82 K. O.; § 1980 BGB.), die Erbenhaftung auf den Nachlaß zu beschränken, indem er die Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragt (§ 1975 BGB.) Schlägt der Gemeinschuldner die Erbschaft aus, so gilt der Anfall an ihn als nicht erfolgt, und die Erbschaft fällt demjenigen an, der berufen wäre, wenn der Gemeinschuldner zurzeit des Erbfalls nicht gelebt hätte (§ 1953, I und II BGB.)

Daß durch einen nach der Konkurs-Eröffnung erfolgten Anfall an den Gemeinschuldner die Konkursmasse nicht berührt wird, mag sich nun der Berufene für die Annahme oder Ausschlagung entscheiden, bedarf keiner weiteren Begründung. Nimmt der Gemeinschuldner die Erbschaft an, so fällt der Erwerb nicht in die Teilungsmasse und die auf ihm lastende Verbindlichkeit nicht in die Schuldenmasse [1].

§ 6.

e) Es ist eine Ehefrau berufen.

Fällt einer geschäftsfähigen Ehefrau eine Erbschaft zu, so kann diese nach herrschendem gemeinen, wie heutigem Recht ohne Einwilligung ihres Mannes die Erbschaft annehmen oder ausschlagen. Im römischen Recht bleiben grundsätzlich die Gütermassen getrennt,

[1] Vergl. Strohal II, S. 17, 18; Binder I, S. 122, 123; Seuffert S. 79.

und die Frau ist berechtigt, einen Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Aufwands (dos) zu leisten. Die Frau hat also stets alleiniges Verfügungsrecht über ihr Vermögen, und kann daher auch ohne Rücksicht auf ihren Mann über die ihr angefallene Erbschaft verfügen.

Im gemeinen Recht ist es bestritten, ob der Ehefrau allein das Recht der Entscheidung in bezug auf Annahme oder Ausschlagung einer ihr zugefallenen Erbschaft zusteht. Doch wird die Frage vorwiegend bejaht. Die neueren Gesetze enthalten in der fraglichen Beziehung keine ausdrücklichen Bestimmungen. Das preußische Recht nimmt auf Grund des A. L. R. I, 9, § 389 verb. mit II, 1, § 205 an, daß die Ehefrau eine ihr angefallene Erbschaft ohne die Einwilligung des Ehemannes nicht ausschlagen könne.

Vom formellen Standpunkt aus stellt die Ausschlagung einer Erbschaft, da dieselbe kraft Gesetzes erworben wird, sich allerdings als das Aufgeben eines bereits erworbenen Rechtes dar, und es scheint daher die Zustimmung des Ehemannes erforderlich. Betrachtet man jedoch das Wesen der Sache, so hat der Erwerb der Erbschaft kraft des Gesetzes, solange das Ausschlagungsrecht noch besteht, nur eine formelle Bedeutung, indem die Ausschlagung bewirkt, daß der Anfall an den Ausschlagenden als nicht erfolgt gilt (§ 1953 BGB.). Materiell betrachtet, stellt sich die Ausschlagung also nicht als das Aufgeben eines bereits erworbenen, sondern als die Nichtannahme eines angetragenen Rechtes dar. Diese Auffassung muß der Ehefrau das Recht der Ausschlagung als ein höchst-

persönliches Recht ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Ehemannes beilegen, und sie ist auch dem BGB. in § 1406 zugrunde gelegt. Der Zweck des eheherrlichen Rechts des Ehemanns steht damit nicht im Widerspruch, denn die wirtschaftliche Grundlage für dieses Recht bildet nur das der Ehefrau zustehende Vermögen, nicht aber eine etwa später hinzukommende Erbschaft[1].

Fällt eine Erbschaft einer Ehefrau zu und zwar in das Vorbehaltsgut, weil der Testator es so bestimmte (§ 1369), so berühren nach dem BGB. die Schulden der Erbschaft den Mann und das eingebrachte Gut nicht (§ 1413). Aber auch wenn eine solche Anordnung des Testators fehlt, kann die Frau ohne Zustimmung des Mannes annehmen oder ausschlagen (§§ 1406, 1453, 1519, 1549 BGB.). Bei dem gesetzlichen Güterstande der Verwaltungsgemeinschaft und bei der Errungenschaftsgemeinschaft wird die Erbschaft eingebrachtes Gut (§§ 1363, II, 1521), sofern nicht der Erblasser durch letztwillige Verfügung bestimmt hat, daß sie Vorbehaltsgut sein soll (§§ 1369, 1526, I). Unter denselben Verhältnissen gehört bei der allgemeinen Gütergemeinschaft eine der Frau angefallene Erbschaft zum Gesamtgut (§§ 1438, I, 1440, II). Bei der Fahrnisgemeinschaft wird die Erbschaft eingebrachtes Gut oder Vorbehaltsgut der Frau, wenn der Erblasser dies durch letztwillige Verfügung bestimmt hat (§§ 1553, II, 1549 cum 1369, 1440, II.) Fehlt eine solche Bestimmung,

[1] Vergl. Motive zum BGB., Band IV, S. 172 ff, 242 ff.

so wird das in der Erbschaft enthaltene unbewegliche Vermögen eingebrachtes Gut und das bewegliche Vermögen Gesamtgut (§§ 1551, 1556). Besteht Gütertrennung, so wird der Erwerb der Erbschaft und die erbrechtlichen Beziehungen durch das Bestehen der Ehe überhaupt nicht berührt.

Daß die Frau selbständig eine Erbschaft annehmen oder ausschlagen kann, geht schon daraus hervor, daß das BGB. unbeschränkte Verfügungsfähigkeit der Frau anerkennt. Die Bestimmung der §§ 1406, 1453, 1519, 1549 bedeutet also, daß die Erbschaft dem eingebrachten Gut oder Gesamtgut mit allen Aktiven und Passiven auch dann zufällt, wenn der Mann der Annahme der Erbschaft nicht zustimmt.

Nun könnte man zu der Frage kommen: Wie kann das Gesetz plötzlich eine Ausnahme von der Regel, daß die Frau niemals eine Schuld zu Lasten des eingebrachten Gutes oder Gesamtgutes übernehmen dürfte, machen und der Frau das Recht geben, ihr ganzes eingebrachtes Gut oder das Gesamtgut durch eine Fülle von Verbindlichkeiten zu überlasten? Doch da hat das Gesetz Vorsichtsmaßregeln getroffen, daß der Mann geschützt ist vor einer wider seinen Willen durch die Nachlaßverbindlichkeiten erfolgenden Belastung des eingebrachten Gutes oder Gesamtgutes. Der Mann kann alle diejenigen Mittel, durch welche die Beschränkung der Haftung der Frau auf den Nachlaß herbeigeführt wird, unabhängig von der Frau geltend machen (§ 1975 ff.). Der Mann kann also, ohne an die Zustimmung der Frau gebunden zu sein,

die Anordnung einer Nachlaßverwaltung und die Eröffnung des Nachlaßkonkurses beantragen (§ 218, I, K.-O.), sowie die Abzugseinrede und die aufschiebenden Einreden der §§ 1014, 1015 vorbringen. Ferner ist der Mann berechtigt, ohne Zustimmung seiner Frau das Aufgebotsverfahren zum Zwecke der Ausschließung von Nachlaßgläubigern zu beantragen (§ 999 CPO.). Ein besonderes Schutzmittel gewährt das BGB. in § 2008 dem Mann durch die Vorschrift, daß der Mann selbständig ein Inventar errichten kann und gegen die Versäumung einer der Frau gesetzten Inventarfrist durch die Frau geschützt ist. Es ist also ausgeschlossen, daß die Frau hinter dem Rücken ihres Mannes eine überschuldete Erbschaft ihres Vaters annimmt und durch Versäumen der ihr von den Gläubigern des Erblassers gesetzten Frist ihr eingebrachtes Gut unbeschränkt haftbar macht. Die Frau kann zwar selbständig die Erbschaft annehmen; sie kann aber nicht dadurch das eingebrachte Gut für die Erbschaftsschulden haftbar machen. Die Frist muß gegen beide Ehegatten laufen, um die Beschränkung der Haftung auszuschließen. So kann also der Mann durch die Bestimmung, daß die Frau ohne seine Einwilligung eine Erbschaft annehmen oder ausschlagen kann, niemals einen Nachteil erleiden, wenn er sich nur rechtzeitig die vom Gesetze gewährten Schutzmittel zunutze macht.

Will der Mann eine Erbschaft im Namen seiner Frau annehmen oder ausschlagen, so kommen die gewöhnlichen Grundsätze in Betracht;

er bedarf also zu dem Zwecke einer Vollmacht seiner Frau[1].

Zweifelhaft könnte sein, ob der Mann berechtigt ist, den Erbschein bezüglich der der Ehefrau angefallenen Erbschaft zu beantragen. Planck[2] stellt sich auf den Standpunkt, daß der Antrag auf Erteilung des Erbscheines als ein Akt der Verwaltung des Nachlasses anzusehen ist und daher jedem zugesprochen wird, dem kraft Gesetzes die Verwaltung des Nachlasses zusteht, sofern er zu seinen sonstigen Verwaltungshandlungen des Erbscheins bedarf. Diese Voraussetzung trifft nach seiner Meinung für den Ehemann der Erbin zu, sofern nicht die Erbschaft zum Vorbehaltsgut gehört, und er ist daher als antragsberechtigt anzusehen. Planck gibt natürlich zu, daß durch das Recht des Mannes die eigene Befugnis der Frau, als Erbin die Erteilung eines Erbscheins zu beantragen, nicht ausgeschlossen wird. Ich möchte mich auf einen anderen Standpunkt stellen; denn m. E. fällt das formale Antragsrecht nicht in die Grenzen des Verwaltungs- oder Nutznießungsrechts des Ehemannes. Es kann nur der gesetzliche Vertreter der Ehefrau ohne weiteres einen Erbschein für sie beantragen. Der Ehemann ist nicht gesetzlicher Vertreter der Frau, daher für sie nicht antragsberechtigt[3].

[1] Vergl. Boehm S. 253; Endemann S. 344; Hochenburg S. 402, 403; Planck zu § 1406.

[2] Planck zu § 2353, Anm. 3 b β. So auch Gruchots Beiträge, Bd. 43, S. 667.

[3] So auch Dernburg V S. 442; Weissler S. 209; D. J. Z. 06 S. 1021; vergl. auch Neumann, Jahrbuch V zu § 1406.

§ 7.

f) Der Erbe ist mehrfach berufen.

Bisher ist nur davon die Rede gewesen, daß der Erbe aus einem Grunde zur Erbschaft oder zu einem Teile der Erbschaft berufen war. Nun kann es aber auch vorkommen, daß der Erbe aus mehreren Berufungsgründen oder zu mehreren Erbteilen oder aus mehreren Gründen zu mehreren Erbteilen berufen wird. Was unter Berufungsgrund und Erbteil zu verstehen ist, hat das Gesetz nicht festgelegt; die Definition dieser Begriffe bleibt der Wissenschaft überlassen. Binder[1] definiert den Berufungsgrund mit Recht als „den konkreten Tatbestand, aus welchem eine bestimmte Person ihr Erbrecht ableitet, also das konkrete Verwandtschafts- oder Eheverhältnis zum Erblasser und die konkrete Verfügung von Todes wegen." Unter Erbteil im Sinne des Gesetzes ist jeder rechtlich irgendwie abgegrenzte Teil der Erbschaft zu verstehen. Diese Abgrenzung liegt insbesondere vor, wenn mehrere Erben gleichzeitig berufen sind. Sie liegt auch dann vor, wenn der Erblasser letztwillig seinen Nachlaß irgendwie eingeteilt hat, wenn er auch nur eine Quotenteilung vorgenommen hat[2].

§ 8.

α) Aus verschiedenen Gründen.

Wir wollen nun zunächst den Fall des § 1948 behandeln, daß der Erbe aus mehreren Gründen auf

[1] I, S. 112.
[2] Vergl. Andrée, S. 73.

den ganzen Nachlaß oder auf einen und denselben Teil berufen ist. Es können dabei folgende Fälle eintreten:

a) Jemand ist durch Verfügung von Todes wegen als Erbe berufen und würde ohne die Verfügung als gesetzlicher Erbe berufen sein. Dann ist er berechtigt, die Erbschaft als eingesetzter Erbe auszuschlagen und als gesetzlicher Erbe anzunehmen (§ 1948, I). Schlägt nun der Erbe aus dem zunächst wirksamen Berufungsgrunde aus, ohne zugleich aus dem evtl. wirksamen Berufungsgrunde die Annahme zu erklären, so beginnt für ihn wieder eine neue Ausschlagungsfrist.

   Das preußische Recht erklärte die Ausschlagung der testamentarischen Berufung unter Vorbehalt der gesetzlichen für unzulässig[1]. Im römischen und gemeinen Recht war es dagegen wie im BGB.; es konnte der Berufene aus dem Testament ausschlagen und als gesetzlicher Erbe annehmen.

b) Jemand kann durch Testament und durch Erbvertrag als Erbe berufen werden; dann kann er die Erbschaft aus dem einen Berufungsgrunde annehmen und aus dem andern ausschlagen. Folgende Möglichkeiten sind da zu beachten:

   α) A. hat den B. zunächst in seinem Testament als Erben und später hat er ihn auch als

[1] A. L. R. I, 9, § 401; I, 12, § 642; Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 3, § 320, Ziffer 1.

Vertragserben eingesetzt. Nach dem Gesetz ist das frühere Testament durch den späteren Erbvertrag nur insoweit als aufgehoben anzusehen, als dessen Bestand das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigen würde (§ 2289, I, 1). Eine solche Beeinträchtigung liegt nicht vor, wenn B. durch Testament unbelastet als Alleinerbe eingesetzt ist, während er durch Erbvertrag nur auf $^1/_3$ der Erbschaft zum Erben bestellt ist. Hier ist sowohl die Berufung aus dem Testament, wie aus dem Erbvertrag wirksam, und der Erbe kann sowohl die testamentarische Berufung annehmen und die erbvertragsmäßige ausschlagen, wie auch das ihm auf Grund des Erbvertrags angefallene $^1/_3$ annehmen und die testamentarische Berufung zur Alleinerbfolge ausschlagen.

β) Liegt die Sache so, daß A. zunächst den Erbvertrag mit B. abgeschlossen und ihn später testamentarisch eingesetzt hat unter Beibehaltung des unter α angenommenen Inhalts, so wird dadurch die Wirksamkeit des späteren Testaments auch nicht beeinträchtigt (§ 2289, I, 2). Es gilt also hier dasselbe.

γ) A. hat zunächst durch Erbvertrag den B. auf die ganze Erbschaft als Erben bestellt, jedoch mit Einsetzung eines Nacherben.

Durch ein späteres Testament hat er ihn für den Fall, daß er die vertragsmäßige Erbfolge ausschlägt, als unbelasteten Erben auf die Hälfte der Erbschaft eingesetzt. Diese testamentarische Einsetzung ist gültig, und B. kann also auch hier die Erbschaft aus dem einen Berufungsgrunde ausschlagen und aus dem anderen annehmen.

δ) Schließlich kann A. den B. testamentarisch auch alternativ berufen, indem er ihm z. B. die Wahl läßt, Universalerbe mit Beschränkungen oder Teilerbe ohne Beschränkungen zu werden[1].

c) Bei der gesetzlichen Erbfolge kann der Erbe verschiedenen Erbfolgeordnungen angehören und daher nach einander in verschiedenen Ordnungen berufen werden. Auch hier kann der Erbe seine Ausschlagung auf die Erbfolge in der einen Ordnung beschränken und dann für den Fall, daß es zur Erbfolge in einer weiteren Ordnung kommt, diese annehmen[2]. Frommhold[3] ist anderer Ansicht; er behauptet grundlos, daß sich die Ausschlagung der gesetzlichen Erbfolge in einer bestimmten Ordnung notwendig auch auf die Erbfolge in den übrigen Ordnungen erstrecke. Es findet sich auch in der Literatur die Ansicht[4], der

[1] Vergl. Strohal II, S. 23.
[2] Vergl. auch Planck zu § 1948 und Strohal II, S. 20.
[3] S. 30.
[4] Vergl. Andrée, S. 76.

Erbe könne nicht, wenn er als Verwandter einer näheren Ordnung ausschlage, als unmittelbar darauf berufener Verwandter der entfernteren Ordnung annehmen. Falle ihm die Erbschaft jedoch später, nachdem der demnächst Berufene ebenfalls ausgeschlagen habe, noch einmal an, so sei durch die erste Ausschlagung nunmehr die Abgabe einer anderen Erklärung nicht ausgeschlossen. Diese Ansicht entbehrt jedoch jeder Begründung und kann daher nicht einleuchten.

Da die Ausschlagung im BGB. einer Form bedarf, so kann nicht, wie im gemeinen Recht, in der Annahme aus dem zweiten Berufungsgrunde eine gültige Ausschlagung aus dem ersten Berufungsgrunde erblickt werden, sofern nicht etwa die Annahme dem Nachlaßgericht gegenüber in der Form des § 1945 erklärt wird.

§ 9.

β) Zu verschiedenen Erbteilen.

Nun kann der Erbe auch zu mehreren Erbteilen berufen werden. Die Berufung eines Erben zu mehreren Erbteilen unterscheidet sich wesentlich von den Fällen der Erhöhung des gesetzlichen Erbteils nach § 1935 und von der Erweiterung des ursprünglichen Erbteils eines gewillkürten Erben durch Anwachsung nach § 2095. Denn nach diesen Paragraphen gilt der Teil, um welchen sich der ursprüngliche Erbteil vergrößert, nur hinsichtlich der Vermächtnisse und Auflagen und

hinsichtlich der Ausgleichungspflicht als besonderer Erbteil, nicht aber nach allen anderen Richtungen hin.

Eine Berufung zu mehreren Erbteilen im Sinne des § 1951 tritt ein:

1. bei der gesetzlichen Erbfolge nach § 1927 infolge mehrfacher Verwandtschaft und nach § 1934, wenn der Erbe zugleich als Ehegatte und als Verwandter zur gesetzlichen Erbfolge berufen ist;
2. bei der gewillkürten Erbfolge, wenn jemand durch Verfügung von Todes wegen zu verschiedenen Anteilen der Erbschaft berufen ist;
3. bei der gewillkürten und gesetzlichen Erbfolge, wenn jemand zu einem Teil durch Verfügung von Todes wegen, zu einem anderen kraft Gesetzes berufen ist.

In diesen Fällen kann der Erbe den einen Erbteil annehmen und den anderen ausschlagen, wenn die Berufung auf verschiedenen Gründen beruht. Beruht jedoch die Berufung auf demselben Grunde, so gilt die Annahme oder Ausschlagung des einen Erbteils auch für den anderen, selbst wenn der andere erst später anfällt (§ 1951). Die Frage, wann die Berufung auf verschiedenen Gründen beruht, ist sehr bestritten. Das römisch-gemeine Recht hat sich mit diesem Begriff wenig beschäftigt, weil es infolge der grundsätzlichen Unteilbarkeit der Berufung im allgemeinen keine Konkurrenz von Berufungsgründen kannte. Es hielt fest an dem alten Grundsatz: „Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.“ Dieser ist nur

durchbrochen bei dem Soldatentestament. Der Soldat war berechtigt, dem eingesetzten Erben nur einen Teil und das übrige den Intestaterben zu hinterlassen [1], sowie den Erben bloß auf eine gewisse Zeit zu ernennen [2]. Der Grundgedanke dieser Ausnahme liegt teils in der Begünstigung des Soldatenstandes, teils in der für sie unschädlichen Rechtsunwissenheit, teils in der Lebensgefahr, welche selten die juristischen Förmlichkeiten beobachten läßt [3]. Im übrigen besteht allerdings auch zwischen dem römischen und gemeinen Recht ein Unterschied. Denn wenn der Erblasser einen Testamentserben auf einen Teil der Erbschaft einsetzte, so erhielt dieser nach römischem Recht die ganze Erbschaft. Das gemeine Recht half sich hier mit einer Interpretation. Seit Konstantin genügte eine stillschweigende Erbeseinsetzung. Wenn der Erblasser nun nur über einen Teil des Vermögens verfügt hatte, so nahm man an daß der Wille des Erblassers hinsichtlich des anderen Teils der Erbschaft die gesetzliche Erbfolge eintreten lassen wollte. Die gesetzlichen Erben galten dann als Testamentserben.

Das BGB. hat sich in § 1951, II mit der Streitfrage, wann die Berufung auf verschiedenen Gründen beruht, befaßt, läßt aber doch noch verschiedene Zweifel bestehen. Es ist als sicher auzunehmen, daß die Berufung auf demselben Grunde beruht, wenn sie angeordnet wird:

a) in demselben Testament oder auch in verschiedenen Testamenten des Erblassers,

[1] L. 6, D. eod.
[2] L. 15, § 4, D. eod.; L. 8, Cod. eod.
[3] Vergl. v. Hartitzsch, S. 363, 364.

b) in einem Erbvertrag oder in verschiedenen zwischen denselben Personen geschlossenen Erbverträgen.

Auf verschiedenen Gründen beruht die Berufung:

a) wenn für den einen Erbteil eine Berufung durch Verfügung von Todes wegen, für den anderen eine Berufung durch Gesetz erfolgt,

b) wenn die Berufung für den einen Teil testamentarisch, für den anderen durch Erbvertrag erfolgt,

c) wenn die Berufung zu den verschiedenen Erbteilen durch verschiedene nicht zwischen denselben Personen geschlossene Erbverträge bestimmt ist.

Das BGB. entscheidet dagegen nicht über die Frage, ob bei der gesetzlichen Erbfolge die Berufung des Erben zu verschiedenen Erbteilen kraft mehrfacher Verwandtschaft oder kraft Ehe und Verwandtschaft als auf demselben Grunde oder als auf verschiedenen Gründen beruhend anzusehen ist. Es läßt sich aber aus § 1951, II ein analoger Schluß ziehen. Denn wenn ein Erbe in einem oder mehreren Testamenten oder in einem oder in mehreren mit derselben Person geschlossenen Erbverträgen zu mehreren Erbteilen eingesetzt ist, so beruhen diese Berufungen auf einem in sich zusammenhängenden und deshalb geschlossenen Gesamtwillen des Erblassers. Hieraus wird man folgern müssen, daß, wenn ein Erbe bei eintretender gesetzlicher Erbfolge zu mehreren Erbteilen berufen ist, auch diese Berufungen auf einem in sich geschlossenen Gesamt-

willen (des Gesetzes) und in sofern auf einem einheitlichen Berufungsgrunde beruhen [1]. Wenig einleuchtend ist die Meinung von Cosack [2], nach welcher Ehe und Verwandtschaft verschiedene Berufungsgründe bilden sollen, dagegen verschiedene Grade der Verwandtschaft nur einen.

Aber selbst dann, wenn der Erbe aus einem und demselben Berufungsgrunde zu mehreren Erbteilen berufen ist, kann der Erblasser ihm durch Verfügung von Todes wegen gestatten, den einen Erbteil anzunehmen und den anderen auszuschlagen (§ 1951, III). Diese Erlaubnis braucht nicht ausdrücklich erteilt zu werden; es genügt schon, wenn sie sich aus den Umständen ergibt. Dies ist aber auch dann möglich, wenn der Erbe kraft Gesetzes zu mehreren Erbteilen berufen ist, und dann ist die Sachlage so zu beurteilen, wie wenn der Erblasser den Erben testamentarisch eingesetzt hätte. Erklärt der aus demselben Grunde zu mehreren Erbteilen Berufene, daß er den einen Teil annehme und den anderen ausschlage, so ist die Erklärung, wie Windscheid-Kipp [3] treffend bemerkt, perplex, und das ganze Rechtsgeschäft wird als nichtig behandelt. Dasselbe gilt, wenn jemand einen Teil annimmt oder ausschlägt und sich dabei die Erklärung über den anderen Teil ausdrücklich vorbehält.

[1] So auch Strohal, II, S. 30; Planck und Wilke zu § 1951; Matthiass S. 536; Landsberg § 270; A. M. Kipp bei Windscheid III, S. 462; Herzfelder zu § 1951; Binder, I, S. 113; Dernburg, V, § 147.

[2] S. 689, 690.

[3] S. 461.

g) Mehrere Erben sind nacheinander berufen.

Nach dem zunächst berufenen Erben kann unter Umständen auch noch ein anderer Erbe werden, nämlich wenn der Vorberufene nicht zum definitiven Erwerbe gelangt oder wenn ein Nacherbe eingesetzt ist. Es ist zu erörtern, ob dann der Nachberufene bereits nach dem Erbfall die Annahme oder Ausschlagung erklären kann oder erst dann, wenn ihm die Erbschaft tatsächlich angefallen ist.

Nach dem römischen und gemeinen Recht kann eine Erbschaft nicht vor dem Anfall angetreten werden. Allerdings besteht insofern eine Ausnahme, als die Antretung, welche vor Wegfall des Vorberufenen erfolgt ist, später nach dem Wegfall des Vorberufenen von dem Nachberufenen nicht wiederholt zu werden braucht. Praktische Bedeutung hat diese Bestimmung nur dann, wenn aus besonderen Gründen, z. B. wegen Ablauf der für die Antretung festgesetzten Frist, eine solche Wiederholung unmöglich geworden ist. Daß der Nachberufene nach römisch-gemeinem Recht nicht schon unmittelbar nach Eintritt des Erbfalls annehmen oder ausschlagen kann, hat seinen Grund darin, daß die Erbschaft stets zuerst an den Nächstberechtigten und erst nach dessen Wegfall an den evtl. Berufenen fällt, während im BGB. alle, auch die evtl. Berufenen, als schon mit dem Erbfall berufen gelten.

§ 1946 des BGB. bestimmt: „Der Erbe kann die Erbschaft annehmen oder ausschlagen, sobald der

Erbfall eingetreten ist". Daraus geht hervor, daß der Erbe annehmen oder ausschlagen kann, bevor auf Grund der Kenntnis von dem Anfall und dem Berufungsgrund die Ausschlagungsfrist begonnen hat, oder sogar bevor ihm die Erbschaft wirksam angefallen ist, und abweichend vom preußischen Recht[1] selbst, wenn die Testamentseröffnung noch nicht erfolgt ist. Der Erbe kann also schon dann annehmen, wenn es noch zweifelhaft ist, ob ein Vorberufener die Erbschaft definitiv erwirbt.

Dies ist die herrschende Ansicht in der Literatur. Kipp[2] deutet den § 1946 so, daß der Erbe zwar vor Beginn der Ausschlagungsfrist, aber nicht vor dem an ihn erfolgten Anfall die Annahme oder Ausschlagung erklären könne, und stützt sich vor allem darauf, daß derjenige, welchem die Erbschaft noch nicht angefallen sei, auch noch nicht „Erbe" sei. Hätte der Gesetzgeber diese Auffassung zum Ausdruck bringen wollen, so würde er in § 1946 nicht gesagt haben: „Der Erbe kann die Erbschaft annehmen oder ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist", sondern „sobald sie dem Erben angefallen ist".[3] Bringt man den § 1946 in Zusammenhang mit § 1949, II, nach welchem die Ausschlagung sich im Zweifel auf alle Berufungsgründe erstreckt, die dem Erben zur Zeit der Erklärung bekannt sind, so ergibt sich, daß ein Erbe nach dem Erbfall auch aus einem Berufungsgrunde ausschlagen kann,

[1] ALR. I, 12, § 242.
[2] Bei Windscheid, 8. Aufl., III, S. 439.
[3] Vergl. auch Planck zu § 1946 und Strohal II, § 61a, Anm. 1.

auf Grund dessen ein Anfall noch nicht erfolgt ist. Ich möchte hierfür noch das von Strohal treffend angeführte Beispiel erwähnen: Der Erblasser hat in seinem Testament den A. und B. als Erben eingesetzt. A. weiß, daß, wenn die testamentarische Erbfolge nicht einträte, er als gesetzlicher Erbe berufen sein würde. Er schlägt die Erbschaft aus und braucht nun, nachdem auch B. ausgeschlagen hat, doch nicht noch einmal auszuschlagen, wenn er auf die ihm nun kraft Gesetzes angefallene Erbschaft verzichten will. Ich komme also zu dem Ergebnis, daß Kipp mit seiner Ansicht im Unrecht ist, und daß das Gesetz den Ausdruck „Erbe" auch auf denjenigen bezieht, der nach dem Erbfall nur eventuell berufen wird.

Gehen wir auf den soeben erwähnten § 1949, II noch näher ein, so sehen wir, daß das Gesetz hier auch einen Unterschied zwischen der Annahme und Ausschlagung gemacht hat. Denn aus der Entstehungsgeschichte des § 1949 ergibt sich, daß die Annahme der Erbschaft sich stets nur auf denjenigen Berufungsgrund bezieht, aus dem der Erbe seiner Meinung nach berufen ist, während die Ausschlagung sich nur „im Zweifel" auf alle Berufungsgründe erstreckt, die dem Erben zur Zeit der Erklärung bekannt sind. Das Gesetz hat also auf die Möglichkeit Rücksicht genommen, daß der Ausschlagende mit seiner Erklärung alle Berufungsgründe treffen will, die irgend möglich sind, gleichviel ob sie ihm bekannt sind oder nicht.

Für den Nacherben hat das BGB. in § 2142 bestimmt, daß er die Erbschaft ausschlagen kann,

sobald der Erbfall eingetreten ist. Wie man sieht, hat das BGB. an dieser Stelle nur eine Vorschrift für die Ausschlagung getroffen, und es ist nun zweifelhaft, ob dieselbe auch für die Annahme der Erbschaft gilt. Man könnte zu der Ansicht gelangen, daß das Gesetz, ebenso wie es dem Nacherben mit dem Eintritt des Erbfalls die Befugnis zur Ausschlagung der Erbschaft gibt, ihm auch das Recht gewährt, unmittelbar nach Eintritt des Erbfalles die Annahme zu erklären, so daß der Nacherbe bereits mit dem Erbfall in die Lage gesetzt wäre, sich rechtswirksam über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft zu erklären. Natürlich könnte er trotzdem warten, bis der Eintritt der Nacherbfolge erfolgt sei und somit für ihn der Lauf der Ausschlagungsfrist begonnen hätte. Wie diese Frage zu entscheiden ist, läßt sich aus dem Gesetze nicht entnehmen. Für die soeben erwähnte Ansicht läßt sich anführen, daß dem Nacherben mit demselben Recht, wie er schon vorzeitig zur Ausschlagung berechtigt ist, auch das Recht zur Annahme gewährt sein soll. Andererseits ist es vom Gesetzgeber nicht gesagt, daß der Nacherbe mit dem Eintritt des Erbfalles rechtswirksam die Annahme der Nacherbschaft erklären könne; und ohne eine solche Bestimmung kann man den Nacherben nicht an eine schon vor Eintritt der Nacherbfolge gegebene Annahmeerklärung für gebunden ansehen. Wollte der Gesetzgeber den § 1946 auf die Nacherbfolge anwenden, so daß der Nacherbe bereits nach dem Erbfall annehmen und ausschlagen könne, und wollte er diesen Satz nur seiner praktischen

Bedeutung wegen hier hervorheben, so würde er doch nicht nur die Ausschlagung, sondern auch die Annahme erwähnt haben. Denn die Zulässigkeit der Annahme wird doch praktisch ebenso wichtig sein, wie die Zulässigkeit der Ausschlagung, zumal wenn man die Fälle der stillschweigenden Annahme besonders berücksichtigt. Eingehend hat sich Planck[1] mit dieser Streitfrage beschäftigt. Er geht davon aus, daß es für die Frage von entscheidender Bedeutung sei, ob für die Nacherbfolge allgemein an die Stelle des Erbfalls der Fall der Nacherbfolge trete. Wenn dies der Fall sei, so würde die Anwendung des § 1946 auf die Nacherbfolge dahin führen, daß die Annahme und Ausschlagung erst nach dem Eintritt der Nacherbfolge wirksam erklärt werden könnte, und der § 2142 sei demgegenüber als eine strikt auszulegende Ausnahmevorschrift anzusehen. Würde jedoch die Frage verneint, so fände der § 1946 auch auf den Nacherben unmittelbar Anwendung und der § 2142, I sei nur als eine Bestätigung des § 1946 hinsichtlich der Zulässigkeit der alsbaldigen Ausschlagung anzusehen. Planck entscheidet sich für den ersten Fall, obwohl der Satz, daß für die Nacherbfolge an Stelle des Erbfalles der Fall der Nacherbfolge tritt, im BGB. nicht ausdrücklich ausgesprochen ist. Planck zieht aber diese Folgerung aus der ganzen Konstruktion der Nacherbfolge, insbesondere aus den Vorschriften, daß der Nacherbe mit dem Eintritt des Falles der Nacherbfolge wirklicher Erbe wird (§ 2100), daß ferner, wie der Erbe zur Zeit

[1] Zu § 2142.

des Erbfalles, der Nacherbe zur Zeit des Eintritts der Nacherbfolge gelebt haben muß (§§ 2108, I, 1923), und daß mit diesem Zeitpunkt die Erbschaft dem Nacherben anfällt (§ 2139). Diese von Planck dargelegte Begründung seiner Ansicht ist sehr einleuchtend und findet auch völligen Anklang bei Staudinger[1] und Meischeider[2]. Es fehlt Planck jedoch auch nicht an Gegnern. So vertreten Wilke[3], Binder[4] und Strohal[5] die Ansicht, daß der Nacherbe schon vor Eintritt der Nacherbfolge die Erbschaft annehmen könne. Daß in § 2142 nur von Ausschlagung die Rede ist, begründen sie damit, daß dieser Fall häufiger vorkommt und daher seine Bedeutung besonders zu behandeln ist, während der Fall, daß ein Nacherbe Anlaß hat, schon vor Eintritt der Nacherbfolge sich über die Annahme der Erbschaft zu erklären, unpraktisch ist. Wenn die Vertreter der letzten Ansicht auch darin Recht haben mögen, daß die Annahme vor Eintritt der Nacherbfolge nicht häufig vorkommen mag, so steht ihnen deswegen doch nicht das Recht zu, den § 2142 so frei zu interpretieren. Meine Ansicht ist, daß wir uns in diesem Fall unbedingt an den Wortlaut des Gesetzes halten müssen. Wollte der Gesetzgeber die Annahme der Ausschlagung gleichstellen, so hätte er dies durch Hinzufügung von zwei Worten leicht machen können.

[1] Zu § 2142.
[2] S. 283, 284.
[3] Zu § 2142, Anm. 1.
[4] I, S. 106.
[5] I, § 28a, Anm. 3 und II, § 61a, Anm. 1.

Bisher war die Rede davon, wann im Falle einer Nachberufung frühestens Annahme und Ausschlagung der Erbschaft erfolgen kann; es bleibt nun zu erörtern, wann spätestens die Ausschlagung erklärt werden muß. Nach § 1944 muß die Ausschlagung binnen einer Frist von 6 Wochen seit der Kenntnis des Erben von dem Anfall und dem Berufungsgrunde erfolgen. Im allgemeinen wird sich dieser Zeitpunkt ja genau berechnen lassen. Zweifel könnten jedoch bei einem Fall entstehen, wie er sich vor dem Kammergericht in Berlin ereignete. Danach ist die Erbschaft von dem zunächst berufenen Erben ausgeschlagen, so daß dieselbe nunmehr dessen minderjährigen Kindern zufiel. Da der Vater der gesetzliche Vertreter seiner Kinder ist, somit auch die Annahme oder Ausschlagung zu erklären hat, so ist für den Beginn der Frist auch die Kenntnis des Vaters von dem Anfall der Erbschaft an die Kinder und von dem Berufungsgrunde maßgebend. Der Vater befindet sich nun aber in Unkenntnis darüber, daß die Erbschaft seinen Kindern zufällt, sondern er glaubt, daß seine Schwester nun berufen sei. Es kann nun zweifelhaft sein, ob dieser Rechtsirrtum imstande ist, den Beginn der Ausschlagungsfrist zu hemmen, oder ob die Frist ohne Rücksicht auf diesen Irrtum sofort mit der Erklärung des Vaters, daß er selbst die Erbschaft ausschlage, beginnt. Der Vater hat zwar sämtliche Tatsachen, die seine Kinder als Erben berufen, gekannt; er hat aber nicht gewußt, daß dieselben diese Wirkung herbeiführen würden. Das Gesetz verlangt in § 1944 aber ausdrücklich die

Kenntnis des Erben vom Anfall. Daraus ergibt sich also, daß jede Unkenntnis des Erben in dieser Beziehung den Beginn der Ausschlagungsfrist hemmt, auch wenn sie auf einen Rechtsirrtum zurückzuführen ist; und die Ausschlagungsfrist kann nicht eher beginnen, als bis der Erbe über seinen Irrtum aufgeklärt ist[1].

Im Anschluß hieran möchte ich noch feststellen, wann die Kenntnis von dem Berufungsgrunde als vorliegend anzusehen ist. Dem Erben muß vor allen Dingen bekannt sein, ob ihm die Erbschaft als gesetzlichem oder gewillkürtem Erben angefallen ist. Liegt über diesen Punkt ein Irrtum vor, so ist der Beginn der Ausschlagungsfrist ausgeschlossen. Es ist aber nicht nötig, daß der Erbe von der konkreten Verfügung von Todes wegen Kenntnis hat; es genügt, wenn der Erbe auf Grund der wahren Sachlage erfährt, entweder daß ihm die Erbschaft auf Grund testamentarischer, oder daß sie ihm auf Grund vertragsmäßiger Verfügung angefallen ist. Leitet der Erbe sein Erbrecht von einer konkreten Verfügung von Todes wegen ab, die sich jedoch als unwirksam ergibt, während der Anfall auf Grund einer anderen Verfügung von Todes wegen erfolgt ist, so ist die Voraussetzung zum Beginn der Ausschlagungsfrist nicht erfüllt. Ebenso, wenn dem Erben die Kenntnis von dem konkreten Berufungsgrunde fehlt, sondern er nur weiß, daß ihm die Erbschaft auf Grund einer Verfügung von Todes wegen, die vielleicht Testament, vielleicht Erbvertrag ist, angefallen ist. Anders liegt die Sache jedoch, wenn der Erbe die

[1] Vergl. Recht 07, S. 1015; D. J.-Z. 1907, S. 970.

konkrete Verfügung von Todes wegen, auf Grund deren der Anfall erfolgt ist, kennt, aber nicht weiß, ob dieselbe als erbvertragsmäßige oder als testamentarische aufzufassen sei. Hier dürfte der Beginn der Ausschlagungsfrist nicht gehemmt sein[1].

§ 11.

h) Der berufene Erbe stirbt vor der Erklärung.

Was wird nun aus der Erbschaft, wenn der Erbe stirbt, bevor er die Erbschaft angenommen hat, oder die Ausschlagungsfrist verstrichen ist? Das römische und gemeine Recht machte dabei einen Unterschied zwischen den sui und voluntarii heredes. War der Erbe ein suus heres, so ging das Ausschlagungsrecht auf seine Erben über, da in diesem Falle ja Delation und Akquisition zusammenfielen. Bei den voluntarii dagegen war das Recht aus der Berufung ein höchstpersönliches Recht, das auf die Erben nicht überging. Hiervon gab es jedoch Ausnahmen und die weitgehendste war durch Justinian eingeführt. Nach dieser konnten die Erben des Berufenen die Erbschaft erwerben innerhalb eines Jahres, seitdem der Berufene von der Berufung Kenntnis hatte. Fehlte dem Berufenen aber diese Kenntnis, so lief das Jahr von seinem Tode. War dem Berufenen eine Antrittsfrist gesetzt, so trat diese an die Stelle des Jahres, wenn sie kürzer war, nicht aber, wenn sie länger war[2].

[1] Vergl. Strohal, II, § 61, II 2b.
[2] Windscheid S. 448, 449 zu verlg.

Auch das BGB. hat diesen Fall vorgesehen und in § 1952 folgende Bestimmung aufgestellt: „Das Recht des Erben, die Erbschaft auszuschlagen, ist vererblich. Stirbt der Erbe vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist, so endigt die Frist nicht vor dem Ablauf der für die Erbschaft des Erben vorgeschriebenen Ausschlagungsfrist." Das BGB. spricht hier nur von der Vererblichkeit des Ausschlagungsrechts; das gilt aber selbstverständlich auch für die Annahme. Der Erbeserbe tritt also in dieselbe Rechtsstellung ein, in der sich der Erbe befand. Folglich läuft die Ausschlagungsfrist, welche für den ersten Erben bereits begonnen hat, für den Erbeserben einfach weiter, ohne daß es dabei auf die Kenntnis des Erbeserben von dem Anfall der ersten Erbschaft an den Erben im geringsten ankommt. Der Erbeserbe kann also durch den Ablauf der Ausschlagungsfrist auch ohne sein Wissen eine Erbschaft erwerben[1]. Binder[2] steht auf dem entgegengesetzten Standpunkt. Er verlangt, daß der Erbeserbe Kenntnis erlangt hat davon, „daß in der ihm angefallenen Erbschaft eine mit dem Rechte der Ausschlagung transmittierte Erbschaft enthalten ist." Nach seiner Ansicht führt also die Vorschrift des § 1952, II zu einer Unterbrechung der Ausschlagungsfrist. Endemann[3] kommt zu dem Resultat, daß durch den Tod des Erben der Lauf der Ausschlagungsfrist gehemmt sei, und daß der Rest der Frist für den Erbeserben erst zu laufen beginne, wenn

[1] Vergl. auch Planck zu § 1952.
[2] I, S. 84.
[3] § 80 [16].

er von seiner Berufung Kenntnis erlangt habe. Nach der Ansicht von Herzfelder[1] ist es erforderlich, daß der Erbeserbe „überhaupt irgend einmal“ vor dem Ende der Ausschlagungsfrist von dem Anfall der Erbschaft an seinen Erblasser Kenntnis erlangt. Diese Meinung steht in der Literatur allein da und kann am wenigsten einleuchten. § 1952, II bestimmt, daß die Ausschlagungsfrist nicht vor dem Ablauf der für die Erbschaft des Erben vorgeschriebenen Ausschlagungsfrist endigt. Der Erbeserbe, der über die seinem Erblasser angefallene Erbschaft noch weniger Bescheid weiß, als über die ihm selbst angefallene Erbschaft, braucht sich über die erste Erbschaft also nicht eher zu entscheiden, als er sich über die ihm angefallene erklärt. Dies gilt auch, wenn die Ausschlagungsfristen für beide Erbschaften verschieden lang sind. Natürlich kann es aber vorkommen, daß sich der Erbeserbe über die ihm selbst angefallene Erbschaft früher erklären muß, als über die dem ersten Erben angefallene Erbschaft.

Ist der erste Erbe gestorben, ohne von seiner Berufung und von dem Berufungsgrunde Kenntnis erlangt zu haben, so ist für den Beginn der Frist natürlich die Kenntnis des Erbeserben maßgebend, und auch die Voraussetzungen für längere Dauer der Frist richten sich nach der Person des Erbeserben. Aber auch in diesem Falle endigt die Frist für die erste Erbschaft nicht früher als die für die dem Erbeserben unmittelbar angefallene Erbschaft. Dieser

[1] S. 82.

Ansicht sind insbesondere Planck, 3. Aufl.[1], Binder[2], Cosack[3] und Strohal[4]. A. M. sind Planck, 1. Aufl.[1] und Wilke[1]. Strohal führt noch an, daß ja sonst der widersinnige Fall eintreten könne, daß die mittelbar angefallene Erbschaft angenommen werde durch Versäumnis der Ausschlagungsfrist, und die unmittelbar angefallene ausgeschlagen werde. Dies Resultat wäre aber undenkbar, denn der Erbeserbe darf beide Erbschaften annehmen oder ausschlagen, er darf auch die erste ausschlagen und die zweite annehmen, nicht aber die erste annehmen und die zweite ausschlagen. Denn durch die Ausschlagung der zweiten Erbschaft zerbricht er, wie Gruchot[5] treffend bemerkt, „die Brücke, die ihn allein zu dem gewünschten Resultat führen kann."

Nimmt der Erbeserbe die Erbschaft an, so ist damit die Erbschaft zunächst in das Vermögen des Erben gefallen. Die Rechtslage ist demnach hier eine andere als bei der römischen Transmission des Rechtes aus der Delation. Denn dort schied der zunächst Berufene gänzlich aus, und sein Erbe wurde dann unmittelbarer Erbe des Erblassers. Die Ausschlagung des Erbeserben wirkt aber ebenso, als hätte schon der Erbe ausgeschlagen. Die Erbschaft fällt also gemäß § 1953 an denjenigen, der berufen wäre,

[1] Anm. zu § 1952.
[2] I, S. 84.
[3] II, S. 699.
[4] S. 303.
[5] Gruchot, Preußisches Erbrecht, I, S. 106.

wenn beim Tode des Erblassers der Erbe nicht gelebt hätte[1].

Wenn der Erbe seinerseits mehrere Erben hinterlassen hat, so ist jeder der Erben befugt, den seinem Erbteil entsprechenden Teil der Erbschaft auszuschlagen (§ 1952, III).

Die Frage, wem der von einem Erbeserben ausgeschlagene Anteil an der dem Erben angefallenen Erbschaft zufällt, ist in der Literatur sehr bestritten. Die einen[2] sind der Ansicht, daß dieser Teil an die für den Fall der Ausschlagung gemäß § 1953 berufenen Erben des ersten Erblassers falle. Andere[3] halten es für richtig, daß der Teil den übrigen Erbeserben accresciere. Ich möchte mich der zweiten Ansicht anschließen, die ja auch in der Literatur am meisten vertreten ist, so daß es so gehalten wird, wie wenn der ausschlagende Erbeserbe als Miterbe der übrigen niemals vorhanden gewesen wäre.

Es ist auch möglich, daß der vor Ablauf der Ausschlagungsfrist verstorbene Erbe Vorerben und Nacherben eingesetzt hat, und daß die provisorisch erworbene Erbschaft als Teil des Nachlasses an den Vorerben gelangt. Es läßt sich die Frage aufwerfen, ob nicht dem Vorerben die Befugnis zusteht, mit Wirkung für den Nacherben die Erbschaft auszuschlagen.

[1] Vergl. Planck zu § 1952.

[2] So Windscheid S. 463, 8δ; Planck, 1. u. 2. Aufl., zu § 1952; Hachenburg S. 656.

[3] So Planck, 3. Aufl. zu § 1952; Strohal, II, § 61d, Anm. 5; Dernburg V, § 50, Anm. 6; Herzfelder, Erl. 4 zu § 1952; Oertmann im Archiv f. bürg. R., Bd. 14, S. 366.

Der § 2112 BGB., der dem Vorerben grundsätzlich die Verfügung über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände einräumt, trifft über die Frage keine direkte Entscheidung. Gemäß dem Gedanken jedoch, der dem Verfügungsrecht des Vorerben zugrunde liegt, muß man m. E. die Frage grundsätzlich bejahen. Auch ist dies aus praktischen Gründen geboten; denn wenn im bezeichneten Falle der Vorerbe ausschlägt, so wird die Sachlage fast stets eine solche sein, daß die Ausschlagung sowohl im Interesse des Vorerben wie des Nacherben liegt, so daß der Nacherbe keine Veranlassung hat, sich dagegen aufzulehnen, selbst wenn er dazu berechtigt wäre[1]. Wilke[2] will die Frage verneinen. Nach seiner Meinung steht der Bejahung das Verbot der unentgeltlichen Verfügung des Vorerben über einen Erbschaftsgegenstand gemäß § 2113, II, entgegen. Diese Ansicht scheint mir jedoch nicht richtig zu sein, denn § 2113, II, kann doch mit Rücksicht auf § 517 BGB. keine Anwendung finden.

§ 12.

i) Der eingesetzte Erbe ist ein Pflichtteilsberechtigter.

Unter Umständen kann auch ein Pflichtteilsberechtigter in die Lage kommen, eine Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen. Wenn nämlich ein Pflichtteilsberechtigter auf einen Erbteil eingesetzt ist,

[1] Vergl. Planck und Staudinger zu § 1952; Binder, I, S. 140.

[2] Zu § 1952.

der zwar größer ist als sein Pflichtteil, d. h. also als die Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils, aber mit Beschränkungen und Belastungen (§ 2306, I, 2), so ist der Pflichtteilsberechtigte befugt, den Erbteil auszuschlagen und statt dessen den Pflichtteil zu verlangen. Der Anspruch auf den Pflichtteil unter Ausschlagung des Erbteils tritt nicht ein, wenn die Beschränkung oder Beschwerung des Erbteils vor Ausübung des Pflichtteilsrechts fortgefallen ist, und andererseits schließt die erfolgte Annahme des Erbteils die nachträgliche Ausschlagung nicht aus, wenn der Pflichtteilsberechtigte erst nachträglich von der bestehenden Beschränkung oder Beschwerung seines Erbteils Kenntnis erlangt[1]. Die Ausschlagungsfrist beginnt aber erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder Beschwerung Kenntnis erhält. Diesen Bestimmungen diente als Vorbild die gemeinrechtliche cautela Socini, d. h. die ausdrückliche Anordnung des Erblassers, daß der Pflichtteilsberechtigte nur den Pflichtteil solle erlangen können, wenn er die angeordneten Beschränkungen und Beschwerungen nicht auf sich nehmen wolle. Im gemeinen Recht stand dem Pflichtteilsberechtigten also das Wahlrecht nicht ipso iure zu, sondern der Erblasser mußte in seiner Verfügung von Todes wegen bestimmen, daß dem Erben das Wahlrecht zustehen solle. Anderenfalls hatte der Pflichtteilsberechtigte keinen Anspruch auf seinen Pflichtteil. Als Beschränkung oder Beschwerung

[1] Vergl. Böhm, S. 156, 157; Neumann, Jahrbuch I zu § 2306.

führt das BGB. die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung auf, ferner die Anordnung eines Vermächtnisses oder einer Auflage. Einer Beschränkung steht es nach § 2306 gleich, wenn der Pflichtteilsberechtigte als Nacherbe eingesetzt ist. Die Hinzufügung dieser Bestimmung ist wesentlich, denn es kommen häufig Testamente vor, in denen der Erblasser seinen überlebenden Ehegatten als Vorerben und seine pflichtteilsberechtigten Kinder als Nacherben einsetzt. In diesen Fällen läuft die Ausschlagungsfrist von dem Zeitpunkt, in welchem der Nacherbe von der Einsetzung des Vorerben Kenntnis erhält.

Eine zulässige Beschränkung, welche sich der Pflichtteilsberechtigte gefallen lassen muß, und auf welche also § 2306 keine Anwendung findet, ist die Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht nach § 2338 BGB.

Der Pflichtteilsberechtigte ist nicht berechtigt, die Erbschaft auszuschlagen und den Pflichtteil zu verlangen, wenn der ihm mit Beschränkungen hinterlassene Erbteil die Hälfte des gesetzlichen Erbteils nicht übersteigt, sondern in diesem Falle gilt die Beschränkung oder Beschwerung einfach als nicht angeordnet (§ 2306, I). Ist der hinterlassene Erbteil geringer als die Hälfte des gesetzlichen Erbteils, so kann der Pflichtteilsberechtigte von den Miterben als Pflichtteil den Wert des an der Hälfte fehlenden Betrages verlangen (§ 2305). Der Pflichtteilsberechtigte erhält sich also nur in dem ersten Fall den Pflichtteilsanspruch und auch nur dann, wenn er den zugewendeten

Erbteil ausschlägt. Änderenfalls ist er mit dem Erbteil abgefunden, und die Beschränkungen und Belastungen bleiben bestehen. Solche Beschränkungen kommen, wie schon erwähnt, nicht in Betracht, wenn sie vor dem Erbfall oder mit rückwirkender Kraft nach dem Erbfall wegfallen. Es kann daher oft lange Zeit ungewiß bleiben, ob der als Erbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte nach § 2306, I, Satz 1 oder Satz 2 zu behandeln ist. Ebenso liegt der Fall, wenn dem Pflichtteilsberechtigten Nachlaßgegenstände zugewiesen sind, die sich nicht durch einen Bruchteil des Nachlasses ausdrücken lassen. In diesem Falle kann die Sicherheit nur durch eine Schätzung der zugewiesenen Gegenstände herbeigeführt werden.

Hat der Pflichtteilsberechtigte durch Zuwendungen unter Lebenden, die er sich nach der Vorschrift des BGB. (§§ 2315, 2316) anzurechnen hat, bereits soviel erhalten, daß er nichts mehr zu beanspruchen hat, so wird er hinsichtlich dieser Frage nicht mehr als Pflichtteilsberechtigter behandelt. Ist er dann also durch Testament auf mehr als die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils eingesetzt, aber mit der Anordnung einer Nacherbschaft, so kann er nicht die Erbschaft ausschlagen und den Pflichtteil fordern, sondern die Erbeinsetzung bleibt bestehen[1]. Dagegen stellt sich Planck[2] auf den Standpunkt, daß Beschränkungen und Belastungen auch dann nicht als geschrieben gelten, wenn der Pflichtteilsberechtigte wegen seiner Vorausempfänge

[1] Vergl. Dernburg, V, S. 308; Strohal, I, S. 472.
[2] Zu § 2315.

nichts mehr zu fordern hat. Diese Ansicht scheint mir nicht richtig zu sein, denn es liegt ja gar kein Grund vor, dem Pflichtteilsberechtigten noch mehr zuzuwenden, da ja sein ihm kraft Gesetzes zustehender Anspruch getilgt ist.

§ 13.

k) Der Fall des Erbschaftskaufs.

Das BGB. bestimmt in § 2371, daß der Erbe berechtigt ist, durch einen gerichtlich oder notariell beurkundeten Vertrag die ihm angefallene Erbschaft zu verkaufen. Wie wir aus dem Wortlaut des Gesetzes ersehen, braucht die Erbschaft dem Verkäufer nur angefallen zu sein; er braucht sich über die Annahme oder Ausschlagung noch nicht erklärt zu haben. Es läßt sich die Frage aufwerfen, ob nun denn auch der Käufer noch berechtigt ist, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen. Diese Frage ist in der Literatur verneint, denn wenn die Erbschaft dem Verkäufer bereits angefallen, aber noch nicht von ihm angenommen ist, so ist aus dem Abschluß des Verkaufs die Annahme zu entnehmen[1]. In diesem Falle geht also das Recht auf Annahme oder Ausschlagung nicht auf den Käufer über.

§ 14.

l) Der Fiskus oder eine andere juristische Person ist berufen.

Zwar fehlt einer juristischen Person die Fähigkeit, beerbt zu werden, aber als Erbe berufen werden kann

[1] Siehe Planck, Vorb. zu § 2371 Nr. 5; Staudinger zu § 2371.

sie ebenso wie eine physische Person. Das BGB. beschränkt die Fähigkeit eines Rechtssubjekts, Vermögen zu erwerben, nicht. Durch Art. 86 EG. zum BGB. werden jedoch die landesrechtlichen Vorschriften aufrecht erhalten, nach denen juristische Personen zum Erwerbe von Vermögen in bestimmten Grenzen staatlicher Genehmigung bedürfen. In solchen Fällen ist der Anfall der Erbschaft an die juristische Person durch die Verweigerung der Genehmigung auflösend bedingt[1]. Anderer Ansicht ist Crusen-Müller[2]. Nach ihm treten bis zur erteilten Genehmigung die gesetzlichen Erben des Erblassers als Vorerben ein, und die juristische Person wird, wenn die Genehmigung erfolgt, Nacherbin. Wird die erforderliche Genehmigung zu dem Erwerbe von Todes wegen verweigert, so gilt die juristische Person in Ansehung des Anfalls als nicht vorhanden, wenn es sich also um den Erwerb einer Erbschaft handelt, als nicht berufen. In diesem Falle kann es also weder zu einer Annahme noch zu einer Ausschlagung der Erbschaft kommen. Wird aber die Genehmigung erteilt, so gilt sie als vor dem Erbfall erteilt. Es kommen dann die allgemeinen Grundsätze über Annahme und Ausschlagung zur Anwendung. Das Gesetz stellt also die mit einer der Genehmigung bedürfenden Zuwendung bedachte juristische Person der bereits erzeugten, aber noch nicht geborenen physischen Person (vergl. § 1923, II), die Versagung

[1] Vergl. Neuman, Jahrb. V zu § 1943; Recht 06, S. 959.
[2] S. 127.

der Genehmigung der Totgeburt gleich. Der Unterschied zwischen einer physischen und einer juristischen Person ist hiernach bei solchen Erbschaften der, daß der Anfall der Erbschaft an eine physische Person nur im Falle der rechtswirksamen Ausschlagung oder Erbunwürdigkeit, an die juristische Person auch im Falle der Verweigerung der staatlichen Genehmigung als nicht erfolgt gilt (vergl. § 1953, I)[1].

Besondere Vorschriften gibt das Gesetz für den Fiskus, indem es in § 1942, II bestimmt, daß der Fiskus eine Erbschaft, die ihm als gesetzlichem Erben anfällt, nicht ausschlagen kann. Das Gesetz will durch diese Vorschrift verhüten, daß eine Erbschaft herrenlos wird und dann dem freien Aneignungsrecht verfällt, und es schafft ein Organ, das an letzter Stelle mit Notwendigkeit dazu berufen ist, die Erbschaftsangelegenheiten zu regeln. Der Fiskus muß die Erbschaft auch dann annehmen, wenn sie überschuldet ist. Damit der Fiskus nun nicht in eine gefährliche Lage kommt, hat das Gesetz zu seinem Schutze wieder verschiedene Vorschriften getroffen und insbesondere angeordnet, daß der Fiskus für die Nachlaßverbindlichkeiten niemals unbeschränkt, sondern immer nur mit dem Nachlaß haftet. Binder[2] ist freilich der Ansicht, daß der Fiskus unter Umständen auch mit dem sonstigen Fiskalvermögen haften könne; dies scheint mir aber der Absicht des Gesetzgebers zu widersprechen. Daß der Fiskus für die Nachlaßverbindlichkeiten nicht über den

[1] Recht 06, S. 959.
[2] I, S. 217.

Nachlaß hinaus haften solle, geht schon daraus hervor, wie auch Dernburg[1] anführt, daß nach § 2011 dem Fiskus als gesetzlichem Erben keine Inventarfrist bestimmt werden kann, sondern daß dieser den Nachlaßgläubigern nur Auskunft zu erteilen hat.

Im alten römischen Recht war der Nachlaß, wenn sich kein Testaments- oder Intestaterbe fand, herrenlos und konnte von jedem okkupiert werden. Aber schon unter Augustus erhielt die Staatskasse durch die lex Papia Poppaea[2] ein Recht auf einen solchen erblosen Nachlaß. Und so war es auch im gemeinen Recht. Im deutschen Recht hat es nie die freie Okkupation eines erblosen Nachlasses gegeben, sondern es hatte stets der Fiskus ein Recht auf denselben. Im BGB. (§ 1936) ist der Fiskus gesetzlicher Erbe, wenn weder ein Verwandter noch ein überlebender Ehegatte des Erblassers vorhanden ist. Ist der Fiskus durch Testament als Erbe eingesetzt, so kann er die Erbschaft ausschlagen. Fällt sie ihm aber nach der Ausschlagung wieder als gesetzlichem Erben an, so muß er sie natürlich annehmen[3]. Daß der Fiskus als gesetzlicher Erbe weder durch Testament nach § 1938 noch durch Erbverzicht nach § 2346 von der Erbfolge ausgeschlossen werden kann, bedarf keiner Erörterung.

Juristische Personen des öffentlichen Rechts, welche nach Landesrecht[4] an Stelle des Fiskus berufen werden,

[1] V. S. 54.

[2] Dernburg, Pandekten 3, § 138.

[3] Vergl. Goldmann-Lilienthal S. 317, Anm. 7; Staudinger zu § 1942.

[4] EG. zum BGB., § 138.

können dann nicht ausschlagen, wenn hinter ihnen niemand berufen ist. Zieht sie aber das Landesrecht dem Fiskus in der Weise vor, daß der Fiskus hinter ihnen berufen ist, so können sie ausschlagen. Ebenso können, wenn mehrere juristische Personen des öffentlichen Rechts durch Landesrecht nach einander berufen sind, sie alle mit Ausnahme der letzten ausschlagen.

Ist eine juristische Person zur Erbschaft berufen, so erfolgt die Erklärung der Annahme und Ausschlagung natürlich durch deren Organe. Will der Kirchenvorstand einer katholischen Kirchengemeinde eine Erbschaft ausschlagen, so ist nach § 19 Preußischen Gesetzes vom 20. Juni 1875 hierzu die Unterschrift des Vorsitzenden und noch zweier Mitglieder des Kirchenvorstandes, sowie die Beidrückung des Amtssiegels erforderlich[1].

[1] Vergl. Neumann, Jahrbuch V zu § 1945; Recht 06, S. 959.

Vita.

Ich, Friedrich Karl Peters, wurde am 25. März 1886 zu Connhausen, Amt Jever im Gr. Oldenburg, als Sohn des verst. Landwirts Heinrich Albers Peters und der Annchen Marie Peters, geb. von Cölln, geboren. Ostern 1891 verlegte mein Vater seinen Wohnsitz nach Neuende, und ich besuchte nun seit Ostern 1892 das Königliche Kaiser Wilhelm-Gymnasium zu Wilhelmshaven, das ich Ostern 1904 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Von meiner Studienzeit verbrachte ich die ersten drei Semester in Freiburg, das vierte in Berlin und die letzten beiden in Göttingen; im September 1907 bestand ich die erste juristische Prüfung.

Vom 2. Oktober 1907 bis zum 2. Juli 1908 war ich als Referendar am Amtsgericht Rüstringen in Bant tätig und bin seit dieser Zeit am Landgericht in Lübeck beschäftigt.